Bibl. Mont.
4446

4446

8 bl.Mont.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Gründe und Gegengründe

über die Frage:

„Ob Gantgläubiger die von dem Gantierer früher besessenen, und vor dem Ausbruche des Konkurses bereits veräusserten

StaatsPaßivObligationen

von den dermaligen Besitzern derselben mit der actione hypothecaria oder pauliana zur Gantmassa reklamiren können?"

Neuburg,
gedruckt bei Felix Grießmayer, bürgl. Hofbuchdrucker,
1816.

Bemerkung.

Der Kurator der Karl August Graf v. Reisachischen Gantmassa, k. Advokat Brunner zu Neuburg, hat das Vorhaben, diejenigen StaatsPaßivObligationen zu reklamiren, welche der Gantierer Graf von Reisach ehemals besaß, und vor dem Ausbruch des Konkurses wieder veräusserte, aufgegeben, und dem k. Kronfiskalat die Beweggründe hiezu vorgelegt.

Der k. Kreisrath und Kronfiskal Welsch blieb aber der gegentheiligen Ueberzeugung, und verlangte bey der Wichtigkeit des Gegenstandes, der für die Gantmassa einen Zuwachs von mehr als 249,000 fl. betragen kann, die Konvokation sämmtlicher Gläubiger, um hierüber ihre bestimmten Anträge abzugeben.

Auf Verlangen der Anwälte, und selbst des k. Kronfiskals werden daher die gegenseitigen Aeusserungen und Meinungen zur bessern, und gründlichen Information jedem einzelnen Gläubiger hiemit gedruckt vorgelegt.

I.

Schreiben des Graf Reisach'schen Massa-Kurators und k. Advokaten Brunner an das k. Kronfiskalat zu Neuburg vom 10. April 1816.

Königliches Kronfiskalat!

Ich habe seit dem 30. März, als ich das Schreiben des Königlichen Kronfiskalats erhielt, die Theorie über Unterpfänder und Hypotheken noch einmal streng durchstudirt, aber meine Erklärung, die ich dem Königl. Kronfiskalate am 27. März zu übergeben die Ehre hatte, durch alle Gesetze bestättiget gefunden.

Alles, was ich seit jener Zeit las, dachte und schrieb, will ich nur in folgende wenige Sätze bringen.

1. Das Pfand = und HypothekRecht ist nur dinglich; Eigenthümer der verpfändeten Sache bleibt der Schuldner nach den heutigen römisch = deutschen und baierischen Gesetzen.
2. Hieraus folgt, daß der Schuldner die verpfändeten Sachen veräussern darf.
3. Das baierische Privatrecht fodert, daß die Veräusserung einer speziel verpfändeten Sache zuförderst dem Gläubiger vom Schuldner angezeigt werden soll.

   Bei GeneralHypotheken fodert dieß das baierische Privatrecht eben so wenig, als es das heutige römisch = deutsche Recht bei irgend einer Art von Unterpfänden erheischt; nach diesem darf der Schuldner ohne alle Anzeige die verpfändeten Sachen veräussern: nur speziel verpfändete bewegl. Sachen ausgenommen.
4. Welche Wirkung hat eine Veräusserung einer generel verpfändeten Sache, die durch den Schuldner vorgenommen wurde?

Man muß hier bewegliche und unbewegliche Sachen unterscheiden; Sachen, die eine universitas juris oder hominis begründen, oder weder eine universitas juris noch hominis

sind, und besonders streng alle jene Sachen, welche Venalien, und keine Venalien sind, sondern.

Diesen Unterschied im Auge kann man den Rechtsgrundsatz, quod quaelibet res transeat cum suo onere, unmöglich mißverstehen.

Kaufmannswaaren, alle Handlungsartikel, überhaupt alle Venalien, Stücke aus einer universitas rerum, so ferne sie nicht in corpore vel collectivo verkauft werden, können nicht nur, der General-Hypothek ungeachtet, verkauft oder veräussert werden, sondern jene Sachen gehen durch die Veräusserung auf die neuen Eigenthümer in der Art über, daß diese die vorher darauf gelegenen Lasten nicht erwerben, d. i. durch die Veräusserung solcher Sachen erlischt jede vorher darauf gehaftete General-Hypothek.

Lex 34. D. de pign. et hy. (20 .1.) sagt: Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nil egerit, antabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur: et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, qnae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit; cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae, respon-

dit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Dieses merkwürdige Gesetz entscheidet ganz klar, daß nur jene Waaren und Sachen, welche beim Tode des Schuldners vorgefunden werden, mit dem UnterpfandsRecht behaftet sind, selbst, wenn Spezifikationen eingetreten seyn sollten, daß aber alle jene Sachen, welche früher veräussert wurden, von allem Hypotheks-nexus befreiet wurden; denn die Entscheidung des vorgetragenen Falles geht nur dahin, ea, quae in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Noch klärer beweiset nachstehendes Gesetz, daß bewegliche Sachen und Waaren, einer GeneralHypothek ungeachtet, veräussert werden können, und dadurch die GeneralHypothek erlischt.

L. 3. Cod. de serv. pign. (7. 8.)

Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet, quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dare, certum est. Non idem juris est in his servis, qui pignoris jure specialiter traditi vel obligati sunt.

Klar ist hier entschieden, daß jedermann, wenn man auch sein gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zum Unterpfande unterstellt, die verkäuflichen beweglichen Sachen

stückweise veräussern darf, und dadurch die General-Hypothek auf die veräusserte Sache erlischt; denn das Gesetz sagt ausdrücklich: posse servis libertatem dari, und bewährt dieses durch den Gegensatz einer speziel verpfändeten Sache; non idem juris est in his servis, qui pignoris jure specialiter traditi vel obligati sunt, mit einer schneidenden Evidenz.

Was die positive Gesetzgebung verordnet, ist sehr weise.

Man stelle sich einen Bauer vor, der die Früchte seiner Erndte, seines Viehstandes rc. verkauft; einen Weinhändler oder Kaufmann, der seinen Wein oder Waaren stückweise verkauft, und nehme den Grundsatz an, daß die ausgestellten General-Hypotheken sich auch auf jene verkauften Waaren erstrecken; so spert man auf einmal allen Handel und Wandel in der bürgerlichen Gesellschaft, und droht das Prinzip, worauf diese ruhet, umzustürzen.

Eben weil die Weisheit jener positiven Gesetze so klar am Tage liegt, haben die berühmtesten Juristen von jeher verfochten, daß jene Rechts-Regel, quod quaelibet res transeat cum suo onere, auf Kaufmanns-Waaren und Venalien nicht ausgedehnt werden dürfe, wovon ich nur den berühmten

Leyser und unsern unsterblichen Kreutmaier anführen will.

Leyser sagt Medit. ad pan. sp. 224. §. 6.

Recte Negusantius de pignoribus observat, creditorem, cui taberna obligata fuit, actionem hypothecariam contra eos, qui merces ante mortem debitoris vel ante motum judicium emerunt, non habere. Quae sententia et argumento legis 34. pr. de pig. et ex ipsa utilitatis ac securitatis publicae ratione defenditur.

Nam si actio hypothecaria contra singulos emtores daretur, nemo profecto quidquam in foro publico a negotiatore tuto comparere posset.

Turbarentur itaque comercia et libertas eorum prorsus intercideret etc. etc.

Freiherr von Kreutmaier sagt in den Anmerkungen ad cod. civ. part. 2. cap. 6. §. 10., indem er vom VeräusserungsRecht des Schuldners spricht, Lit. C., daß er nie anders veräussern kann, als salvo jure pignoris etc. etc. welches der Alienation ohngeachtet vorbehalten bleibt, wovon jedoch KaufmannsWaaren und Venalien allein ausgenommen sind, weil das freie Komerzium allzusehr beschränkt würde, wann dergleichen Dinge anderer Gestalt, und nicht, als cum suo onere hypo-

thecae an die Käufer übergiengen ꝛc. ꝛc., und weiter unten §. 17. komentirt er ad num. 5. wörtlich, wo er von Erlöschung des Pfandrechts abhandelt:

„Hauptveränderungen, wodurch das Pfand „in ganz andere Gestalt kommt, und nova „species wird, schätzt man dem totalen Un„tergang hierinfalls gleich, und eben so ver„hält sich die Sache mit verpfändetem „Geld und allen rebus fungibilibus „überhaupt, sobald sie mit andern unver„pfändeten Dingen so weit vermischt wer„den, daß man sie nicht mehr zu discerniren „weiß, wie auch mit oppignorirten Kauf„manns Waaren und andern Venali„en, so bald sie einmal durch Ver„äusserung in dritte Hand gekom„men sind.“

Was diese alten Juristen so klar lehren, hat Thibaut (Syst. d. Pand. R. Jena 1814) mit dem ihm eigenen Scharfsinn §§. 666. u. 667, in wenigen Worten aus den Gesetzen entwickelt.

Wollte man auch von dieser scharfsinnigen Lehre abstrahiren, so ist doch nach der Lehre der oben angeführten Juristen so viel klar, daß die Graf Reisachische Massa actionem hypothecariam wegen den bekannten Obligationen nicht anstellen kann; denn hieran wird nicht gezweifelt werden, daß alle

jene Obligationen unter die Venalien zu rechnen sind.

Ich glaube nun durch dieses Wenige meine Ansicht vollständig gerechtfertiget zu haben, und lebe der Ueberzeugung, daß Königliches Kronfiskalat meine ManualAkten nicht ferner bedarf, weil in jenen über diese Grundsätze schlechterdings nichts enthalten ist. Doch muß ich bemerken, daß ich keine vollständigeren Akten besitze, als welche ich bereits kommuniziret habe.

Gegen Schnitzer und Schachermayer habe ich keine Reklamation erhoben. Diese Menschen wohnen in der Stiftstadt Kempten, wo ein IntabulationsAmt sich befindet, und daher keine GeneralHypotheken gelten.

Indem ich dem Ansinnen des Königlichen Kronfiskalats entsprochen zu haben glaube, nenne ich mich mit unbegrenzter Verehrung

Neuburg den 10. April 1816.

Königliches Kronfiskalat

gehorsamster
Advokat Brunner.

II.

Ferneres Schreiben des Massä Kurators an obiges Kronfiskalat vom 17. April 1816.

Königliches Kronfiskalat!

Daß zu Lindau alle Veräusserungen protokollirt werden müssen, wenn das Eigenthum übertragen werden soll, ist ein Lokal-Statut, welches ich nicht besitze. Das Königliche Kronfiskalat mag sich daher an die Lindauischen GerichtsBehörden wenden, welche das Lokalstatut legal nachweisen werden, wenn es anders der Mühe verlohnt, über einen Vertrag, dessen Nichtigkeit schon aus einem Rechtsgrunde (ex capite doli) klar ist, einen weitern Rechtsgrund zu suchen , und in die Materialien eines Rechtsgegen-

standes einzugehen, während offenbar ist, daß man keine Hypothek und sonach keinen Klagegrund hat.

Die Verjährung der actio pauliana betreffend, so finde ich auch diese nachzuweisen für überflüßig.

Actio pauliana verfolgt entweder die Nichtigkeit einer Veräusserung, oder sie ist ein blosses reszissorisches Rechtsmittel, wenn dadurch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezweckt wird.

Thib. §. 1227. Jena 1814.

In der ersten Beziehung findet sie Staat gegen Veräusserungen, welche der Schuldner während dem Konkurse machte. Von dieser Beziehung kann hier keine Rede seyn.

In der zweiten Beziehung müßen vier Fälle unterschieden werden, worin sie statt finden kann; allein, da durch die Veräusserungen jener Obligationen kein Gläubiger vor dem andern begünstiget, kein Gläubiger sich selbst bezahlt gemacht, der Schuldner nicht unterlassen hat, etwas zu erwerben, so kann hier nur der vierte Fall, wenn der Schuldner eine Verringerung seines Vermögens vorgenommen hat, in Betrachtung kommen.

Bei diesem Falle muß man wieder unterscheiden, ob die Veräusserung titulo lucrati-

vo oder oneroso geschah, und ob der Erwerber in mala, oder bona fide war.

Nach den Informationen, welche ich durch königliches Kronfiskalat erhielt, kamen die Obligationen aus den Händen des Grafen von Reisach in die Hände anderer Personen nicht per donationes, vel alios titulos lucrativos,, sondern per cessiones et titulos onerosos.

L. 6. §. 11. D. (42. 8.) verordnet: in hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda quatenus locupletiores facti sunt: ultra non.

In dieser Hinsicht hätte actio pauliana nicht statt.

Es ist zwar möglich, daß viele Cessionen colorirt seyn können, allein dies müßte bewiesen werden, was mir unmöglich ist, zu leisten.

Will man das reszissorische Rechtsmittel dann anwenden, wenn der Schuldner bei der Veräusserung ein verhältnismässiges Aequivalent erhalten hat, so werden zwei Dinge erfodert, nämlich: daß der Empfänger von den verschuldeten Umständen Wissenschaft gehabt, und dann, daß er auch an der betrüglichen Absicht des Schuldners Theil genommen habe.

L. 10. §. 4. D. quae in fraud. credit. (42. 8.) sagt: alias autem, qui scit, aliquem creditores habere, si cum eo contrahat, simpliciter sine fraudis conscientia: non videtur hac actione teneri: und eod. §. 2. quod ait praetor, sciente, sic accipimus, te conscio et fraudem participante, non enim, si simpliciter scio, illum creditores habere, hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione: sed si particeps fraudis est.

Diese zwei Erfoderniße darzuthun, ist der Graf Reisachischen Massa unmöglich, und daher kann sie actionem paulianam nicht ánstellen.

Ueberdieß darf nicht übersehen werden, daß sich jene Obligationen nicht mehr in den Händen derjenigen befinden, welche jene vom Grafen von Reisach erhalten haben. Sie sind fast sämtlich in Händen von Dritten. Daher hat diese Klage auch aus dieser Rücksicht nicht statt.

L. 10. §. 25. D. quae in fraud. cred. (42. 8.) sagt: haec actio haeredi ceterisque Successoribus competit, sed in haeredes similesque personas datur.

Wäre dieses nicht mit trocknen Worten entschieden, so würde die Sache aus der Natur des Rechtsmittels klar seyn, und aus

den Worten des prätorischen Ediktes selbst L. 10. loc. citat. princ.

Daß die actio utilis nicht angewendet werden kann, erhellet aus den Materialien der Sache.

Da nun actio pauliana überhaupt nicht angestellt werden kann, so scheint es überflüssig, darzuthun, daß sie verjährt sey.

Mir sind die verschiedenen Meinungen über die Verjährung der paulianischen Klage zwar nicht unbekannt, aber da jedem Juristen frei stehet, die seinige zu haben, so bemerke ich hierüber nur folgendes:

Jene Klage, wodurch auf Nichtigkeit der Veräusserungen während dem Konkurse gedrungen wird, verjährt in 30. Jahren. Da von dieser Klage die Rede hier nicht ist, so bedarf ich nicht jene Behauptung mit Gesetzen zu belegen.

Das reszissorische Rechtsmittel hat nach verschiedenen Gesetzen verschiedene VerjährungsZeiträume. Hier können nur die römischen und baierischen Gesetze interessiren.

Beide gehen von dem Standpunkte aus, daß dadurch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezweckt werden kann.

Auf dieser Basis hat das alte römische Recht gegen den, welcher am Betruge Theil

genommen hat, den Zeitraum eines Jahres festgesetzt.

L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. (42. 8.)

Ait praetor: quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo etc.

Bekanntlich ist diese Frist durch neuere Gesetze auf vier Jahre ausgedehnt worden.

L. 7. Cod. de tempo in integ. restit. (2. 53.)

Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus — — — quadriennium continuum etc. etc.

Für den Fall, wo der Erwerber am Betrug nicht Theil genommen hat, und nur ein lukrativer Erwerb zurückgefodert wird, sagt zwar das Gesetz nur: l. 10. §. 24. D. quae in fraud. cred. haec actio post annum de eo etc. etc., allein eben diese Worte veranlaßten die Rechtslehrer, in solchen Fällen einen Zeitraum von 30. Jahren festzusetzen, nach der GesetzAnalogie.

Nach baierischen Gesetzen ist der RestitutionsTermin auf vier Monate beschränkt.

Will man nun die baierischen Gesetze, welche das römische Recht aufgenommen haben, vernünftig anwenden, und in der Ausübung keine offenbaren Widersprüche in Gesetze, welche innigst zusammen flossen, legen, so kann im ersten Falle das reszissorische Rechtsmittel nur 4 Monate dauern, im zweiten aber die gewöhnliche Zeit.

Indessen frägt sich hier, wann die Zeiten zu laufen anfangen?

Nach römischem Recht ist die Sache in leg. 10. loc. cit. princ. in den Worten „quo experiundi potestas fuerit" klar entschieden.

Sobald die Gläubiger wissen, daß sie verkürzt worden sind, existirt die potestas experiundi, und der VerjährungsTermin fängt an zu laufen.

Nach baierischen Gesetzen scheint mir die Sache ebenfalls klar entschieden zu seyn.

Denn da bei Verkäufen sogar die kurze Verjährungszeit von 5. resp 10. Jahren vom Tage der Veräusserung gegen die speziellen Hypotheken zu laufen anfängt, so zweifle ich gar nicht, daß der VerjährungsTermin des reszissorischen Rechtsmittels auch vom Tage der Veräusserung beginnt, weil man zu dem Schluße a potiori ad minus gar wohl berechtiget seyn dürfte.

In wie ferne meine Behauptung, daß

actio pauliana verjährt sey, begründet oder unbegründet sey, läßt sich von selbst ermessen.

Ich habe über diesen Gegenstand keine anderen ManualAkten, als die mir von Königlichen Kronfiskalate mitgetheilten Verzeichniße der Königl. SchuldenTilgungsKommißionen, welche ich hier anlege.

Mit unbegrenzter Hochachtung bestehet

Neuburg den 17. April 1816.

Königliches Kronfiskalat

gehorsamster
Advokat Brunner.

III.

Rechtliches Gutachten, in Betreff der Reklamation der vom Grafen von Reisach erkauften, und in sein Eigenthum übergegangenen StaatsPassivKapitalien.

Bey Beurtheilung der Frage: „Welche „Rechte stehen dem Fiskus, und insbesondere der Graf von Reisachischen Kreditorschaft auf die vom Grafen von Reisach „erkauften und wieder veräußerten Saats„Papiere zu?" muß ich vor allem zwischen den StadtLindauischen — und den übrigen StaatsPapieren unterscheiden.

Erstere giengen, nach der Behauptung des MassaKurators gar nie in das Eigen=

thum des Grafen von Reisach über. Ist dieß wahr, was aus den vom königl. Landgerichte Lindau erhollten Notizen, und den zwischen den Lindauer Bürgern, dann dem Schachermayr und Schnitzer von Kempten verhandelten Streitsachen, die ich gleichfalls bereits zur Einsicht abverlangt habe, sich offiziel bestättigen muß, so steht auf diese Lindauer Papiere weder dem Fiskus, noch den ältern Graf von Reisachischen HypothekarGläubigern irgend ein Recht zu!

Anderst verhält sich aber die Sache mit allen übrigen wirklich in das Eigenthum des Grafen von Reisach übergegangenen StaatsPapieren. Es kann keinem Anstande unterliegen, daß hierauf der Fiskus sowohl ein gesezliches, als alle jene Gläubiger, welchen derselbe früher schon, ehe er diese StaatsPapiere erworben, generale Hypotheken konstituirt hatte, ein konventionelles allgemeines Pfandrecht erworben haben.

Daß somit dem Fiskus sowohl, als den ältern HypothekarGläubigern die actio hypothecaria auf diese einmal in das Eigenthum des Grafen v. Reisach übergegangenen StaatsPapiere rechtlich zustehe, ist daher wohl unbezweifelt richtig, und bedarf keiner gesezlichen Nachweisung.

Wichtiger, und bestritten ist aber die

Frage: „Ob diese Hypothek nicht durch die „Wiederveräußerung dieser Papiere durch „den Grafen von Reisach zu Verlurst ge„gangen sey?" Für die negative Beantwortung dieser Frage spricht unverkennbar unser Civil- und JudiziarKodex, welcher solche Veräußerungen nur mit der darauf haftenden Last zuläßt.

Cod. civ. Part. II. Cap. 6. §. 10. nro 2. et Cod. jud. Cap. XIX. §. 19. nro 1. lit. a in notis.

Denselben Satz lehrt auch Thibaut:

System des PandektenRechtes ꝛc. Th. II. §. 667. lit. C.

wenn er die allgemeine Regel ausspricht, daß, „wenn das Pfand ohne Wissen, oder „unter Widerspruch des Gläubigers ver„äußert wird, das Pfandrecht nie erlö„sche," womit auch der gelehrte Hellfeld

Jurispr. for. Tom. II. §. 1104.

ganz verstanden ist.

Dieser Ueberzeugung war anfangs auch der Graf v. Reisachische MassaKurator, Advokat Brunner, und hat diesen Satz in der, auf denselben Grund, gegen die Kreszenz Denzel, wegen dem Gute Anwanden, beym Stadtgerichte Kempten angebrachten Streitsache mit dem ihm eigenen Scharfblicke durchgeführt. Seine dermalige, der

frühern Ueberzeugung geradezu widersprechende Ansicht scheint mir durchgehends auf unrichtigen Voraussetzungen zu beruhen, die wohl sehr leicht zu beseitigen sind: denn

Daß Brunner solche Staats-Papiere unter die Venalien rechnet, darinn hat er gewiß Unrecht. Schuldfoderungen sind schon ihrer Natur nach keine Handelswaare, keine Gesetzgebung hat selbe je darunter gezählt; auch war ja Graf von Reisach kein Handelsmann, welcher mit seinen Waaren zu offenen Kram und Markte saß.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wird sich um so auffallender zeigen, wenn erwogen wird, daß die bewärthesten Juristen Kapitalien keineswegs zu den Mobilien, wozu Venalien gewiß immer gehören, sondern mit vollem Rechte zu den Immobilien zählen, indem ja nicht das Papier, das freylich sehr leicht mobil ist, sondern der durch selbes repräsentirte Gegenstand, die Hypothek, es ist, auf welche der Gläubiger Anspruch macht, und die gewiß ausser allem Widerspruche zu den Immobilien gehört.

Der Adv. Brunner dehnt daher den Begriff der Venalien offenbar zu weit aus, so wie er, wenn er den Thibaut für seine Meinung zitirt, zwei offenbar wesentlich verschiedene Begriffe für identisch nimmt, nemlich,

die Erlaubniß des Schuldners zur Veräusserung der Hypothek, und die Erlöschung desselben durch den Verkauf.

Der als so weise angeführte politische Grund, der höchstens bey KaufmannsWaaren gelten mag, kann gegen die klare Vorschrift der Gesetze die dem Staate heiligen Realrechte eines Gläubigers nicht vernichten; ja der Gesetzgeber muß solche Rechte wahren und schützen, wenn er nicht dem wucherischen SpekulationsGeiste solcher Betrüger Thür und Thor öffnen, und das ganze Pfand- und HypothekenSystem nur als eine Lockspeise angesehen wissen will, gutmüthige, nichts Arges wähnende Gläubiger desto sicherer in die Falle zu locken.

Diese Absicht kann keinem Gesetzgeber untergeschoben werden. Vielmehr ist möglichste Erhaltung und Sicherung der wohlerworbenen dinglichen Rechte jedes HypothekarGläubigers die Tendenz jeder Legislation, welche, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, es der Willkühr des Schuldners nie überlassen darf, durch den Verkauf des Pfandes den Gläubiger um sein Recht zu gefährden. Deßhalb spricht das Gesetz auch das Erlöschen des Pfandrechtes nur da aus, wo die ausdrückliche oder vermuthete Einwilligung des Gläubigers vorliegt,

oder der Käufer des Pfandes bereits Nutzen und Gewähr ersessen hat, was nach unserm Gesetze unter Abwesenden in 10, unter Anwesenden in 5 Jahren geschieht.

Die HypothekarKlage des Fiskus sowohl, als aller übrigen ältern HypothekarGläubiger erscheint sohin nach diesen Prämissen als durchgehends rechtsbegründet; sie geht, gegen alle Besitzer solcher jemals im Eigenthume des Grafen von Reisach gewesener Staats-Papiere, dahin, daß vom kompetenten Richter ausgesprochen werde:

> Es gebühre dem königlichen Fiskus sowohl, als den übrigen ältern GeneralHypothekarGläubigern das Pfandrecht auf diese Papiere.

Die Gründe, welche der k. Adv. Brunner gegen die actio pauliana anführte, glaube ich, so unzulänglich sie auch sind, ganz umgehen zu können, da theils die Untersuchung darüber keinen Zweck mehr hat, weil es schon an der actio hypothecaria genügt, theils der codex judiciarius über diesen Punkt mit den Annotationen, so wie die meisten Kommunisten hierüber unter sich im Widerspruche sind, so daß ich eine ausführliche Erörterung darüber platterdings zwecklos finde.

Interessanter und wichtiger ist aber gewiß

die Frage: „Bey welchem Gerichte, und „von wem diese HypothekarKlage angestellt „werden soll?"

Der MassäKurator war hierinnfalls anfangs mit mir der Meinung, daß es das kürzeste seyn würde, wenn das k. Ministerium, so wie Höchstselbes für die Kriminal-Untersuchung und den KonkursProzeß das k. Appellationsgericht dahier kommittirte, dasselbe auch für diese Reklamationen als kompetent aussprechen würde.

Er überreichte auch des Endes die geeignet allerunterthänigste Vorstellung an das königl. Ministerium der Justiz; allein der Erfolg entsprach nicht der Erwartung, indem dieser Antrag nach Vernehmung des Oberappellationsgerichtes zurückegewiesen wurde. Die Sache steht also nun an dem, daß durch den MassäKurator die HypothekarKlage gegen jeden einzelnen Inhaber dieser Papiere vor seinem kompetenten Gerichte angebracht werden soll.

Leider hat nun aber der MassäKurator seine motivirte Ueberzeugung gegen die Zuständigkeit dieser Klage ausgesprochen. Es würde daher gegen sein Gewissen streiten, ihm die Vertretung der Massä hierinnfalls überbürden zu wollen. Die Wahl eines andern Anwaltes aus den hiesigen Advokaten

spricht sich daher hiedurch von selbst als nothwendig aus; nichts desto minder wird es aber immer eben so beschwerlich, als für die Massa höchst kostspielig seyn, jeden solchen KapitalsJnnhaber vor seinem Forum zu belangen.

Zwar sollte man denken, daß selbe schon lange wegen dem sistirten Zinsenlaufe gegen den Fiskus hätten auftreten sollen; allein, da es wohl sonder Zweifel ihre Absicht seyn muß, die gesetzliche PräscriptionsZeit vorbeischleichen lassen zu müssen, so ist es wohl klar, daß sie sich gewiß hüten werden, unaufgefodert mit einer Klage gegen den Fiskus aufzutreten.

Jndeß kann eben dieses der Graf von Reisachischen Massa und besonders dem Fiskus nicht gleichgültig seyn. Sollte demselben daher nicht eben deßhalb auf den Grund

Cod. jud. Cap. IV. §. 6.

die condictio ex lege si contendat zuständig seyn?

Ich kenne wohl die dieser Ansicht entgegen stehenden Gründe; allein, da

1. Hier alle Jnnhaber solcher Papiere in Einem Libelle zusammengefaßt werden können, folglich der Kosten für die Massa von keiner Bedeutung ist; da

2. Auf jedem Fall die Präscription durch

diesen gerichtlichen Schritt interrumpirt wird, ohne daß der Zeitverlust für die Massa oder das Aerar in Berücksichtigung kommen kann, so glaube ich auf jeden Fall, daß der Versuch Namens des Fiskus mit diesem Schritte gemacht werden soll, weil es, wenn dieser Antrag auch wirklich aus überwiegenden Gründen zurückgewiesen werden sollte, dann immer noch Zeit ist, die HypothekarKlage gegen jeden einzelnen Inhaber solcher Papiere vor seinem zuständigen Gerichte zu verfolgen.

I. s. m.

Neuburg den 3. May 1816.

Welsch, mpra.

IV.

Rechtliches Gutachten über die *actio hypothecaria* überhaupt, und insbesondere über deren Zuläßsigkeit gegen die dermaligen Besitzer der vom Grafen von Reisach erkauften StaatsPapiere.

Die Reklamation der Graf von Reisachischen StaatsPapiere hat zu Diskussionen über die actio hypothecaria Veranlassung gegeben, welche nicht bloß für alle Graf v. Reisachischen HypothekarGläubiger, sondern insbesondere für den Fiskus um so wichtiger sind, als davon die Vermehrung der Massa über das alterum tantum abhängt, und so lange nicht ein rechtskräftiges PrioritätsErkenntniß vorliegt, die Befriedigung des Fiskus selbst höchst problematisch bleibt.

Ich erachtete es deßhalb für meine Pflicht, diese Rechtsfrage von allen Seiten zu beleuchten, und finde nun folgende Bemerkungen vorauszusenden nöthig.

Der Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens sind einzig folgende Fragen:

I. Giebt eine General-Hypothek eine Hypothek auf das gesammte Vermögen, sohin auf alle Vermögenstheile, welche nicht vom Gesetze speziel ausgenommen sind?

II. Auf welche Gegenstände erstreckt sich also die auf den Grund einer General-Hypothek anzustellende Hypothekar-Klage?

III. Welche Einreden stehen selber im Allgemeinen entgegen, und

IV. Welche, und mit welchem Erfolge können selbe in vorliegendem Falle angebracht werden?

Daß ich bey dieser Abhandlung nur die actio hypothecaria im Auge hatte, bedarf ich nicht zu bemerken; daß sohin alle auf die actio pauliana bezüglichen Gesetze hier weder berücksichtiget, noch die derselben entgegenstehenden Einreden gewürdiget werden konnten.

I. Allgemeiner Theil.

§. 1.

Das Hypotheken-Recht, und die hieraus abgeleitete Hypothekar-Klage ist

rein römischen Ursprungs, und verdrängte, gleich mehr andern NationalRechten, namentlich das Einlager oder Einreuten ganz, Geisel- und Bürgschaften aber zum Theile; kaum daß sich das alte Sprichwort „Versatz verjährt nicht" noch in seiner Sphäre wenigst erhalten hat;

v. Krammers Nebenst. Thl. 42. Abh. 7. und Thl. 111. Abh. 1. u. 2.

Alles, was daher dieses rein römische Institut betrifft, kann nur aus den Justinianischen Gesetzen bestimmt, erläutert und festgesetzt werden.

Runde. Grds. des allg. d. PrivatR. B. I. Absch. 2. §. 218. — 221.

§. 2.

Der Begriff eines Pfandes, einer Hypothek, kann daher nur aus den römischen Gesetzen abgeleitet werden, welche das Pfandrecht, als eine Art beschränkten Eigenthums, den dinglichen Rechten beyzählen, und darunter das

„einem Gläubiger eingeräumte Recht verstehen, sich zur Sicherheit einer Forderung an eine Sache zu halten, und dieselbe auf den Fall, daß er nicht befriedigt werden sollte, veräussern zu dürfen, um sich durch den eingehobenen Preis bezahlt zu machen."

Conf. Thibaut System des Pandekten R. Bd. II. §. 653. Aufl. 1805. Hellfeld jurisprud. for. Tom. II. §. 1077. dig. lib. XX. Tit. 1. Cod. lib. 8. Tit. 14. ꝛc.

§. 3.

Die Entstehungsart des Hypothek- und Pfandrechtes giebt die Eintheilung in das gesetzlich - oder ausdrückliche; beyde sind übrigens in Bezug auf das Recht, das sie geben, ganz gleich. Das Objekt bestimmt die Eintheilung in generele s oder spezieles Pfandrecht; dieses, wenn nur eine besondere Sache, oder auch eine universitas facti s. hominis, jenes, wenn das ganze Vermögen einer Person, und zwar das gegenwärtige sowohl, als das zukünftige durch das Gesetz oder einen Vertrag als Pfand untergestellt wird. — Daß darunter sowohl beweglich - als unbewegliches Vermögen verstanden werde, ist wohl für sich klar, so wie es keinem Anstande unterliegt, daß die ausdrückliche Benennung, gegenwärtig und zukünftig, liegend und fahrend ꝛc. gar nicht nothwendig ist.

Strück ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15.

§. 4.

Es ist im vorliegenden Falle wesentlich entscheidend, die Begriffe von universitas

juris et facti richtig aufzufassen, und streng die Grenze zwischen beyden zu bestimmen.

Unter ersterer (univ. juris) versteht das Gesetz das ganze aktive und passive Vermögen einer Person, als die durch das Gesetz bestimmte Vereinigung des Mannigfaltigen zu einer Einheit, während die universitas facti seu hominis nur aus andern willkührlich vereinigt gedachten Dingen, wie Bibliotheken, Heerden rc. besteht. Daß Erstere die Regel, letztere die Ausnahme bilde, ist eben so klar, als die nothwendige Folge hieraus mit strengster logischer Konsequenz sich ergiebt, daß der Besitzer derselben, wenn er zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet ist,

„alles für die UnversitarAngeschaffte oder „Eingehobene dem, welchen sie zufällt, „mit hinausgeben muß;

eine Regel, welche bei der universitas hominis, wo das Surrogat an die Stelle des Surrogirten tritt, nicht Statt findet.

Conf. Thibaut B. I. §. 262.; Hellfeld l. c. §. 1079.

§. 5.

Das allgemeine Pfandrecht giebt also dem Gläubiger dingliche Rechte auf des Schuldners ganzes, gegenwärtig- und künf-

tiges, beweglich = und unbewegliches Vermögen. Auch diese Begriffe glaube ich, um Verwirrungen vorzubeugen, näher bezeichnen zu müssen.

Das Gesetz kann, wenn es nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen will, unter dem gegenwärtigen kein anderes, als jenes Vermögen verstehen,

„welches der Schuldner zur Zeit des ge„setzlich oder ausdrücklich konstituirten „Pfand = oder HypothekRechtes besaß;"

unter zukünftigen aber jenes, welches er

„vom Tage des konstituirten Pfandes an „bis zur Anstellung der HypothekarKla„ge, oder dem Ausbruch des Konkurses „2c. 2c. erworben und besessen hat,"

weßhalb ich die Bemerkung kaum für nöthig halte, daß es eine durchaus ungegründete Illusion wäre, wenn man unter gegenwärtigem Vermögen nur dasjenige verstehen wollte, welches sich z. B. bei der Herstellung des Inventars vorfand, weil dadurch der Begriff des zukünftigen Vermögens durchaus wegfiele, die HypothekarKlage gegen dritte Besitzer eine leere Formel würde, und nach dieser Ansicht jeder Schuldner seine Gläubiger nach Belieben um ihre Hypotheken prellen könnte.

Conf. Leyser spec. 223. §. 5. und spec. 224. §. 3. dann Strück l. c.

§. 6.

Nach diesen Prämissen wird es nicht schwer seyn, die Frage zu beantworten: Ob auch AktivFoderungen des Schuldners unter GeneralHypotheken gehören?

Daß selbe, wenn sie zur Zeit des errichteten Inventars noch existiren, darinn eine eigene Rubrick finden, weiß wohl jeder Schreiber bey einem Gerichte, der je ein Inventar sah; allein, wenn ein Schuldner wirklich ausser dem bei der InventarsAufnahme vorgefundenen Vermögen notorisch, ja gerichtskundiger massen, beträchtliche Aktiven besaß, und selbe wieder an Dritte veräussert hat, so daß sie also bei der Errichtung des Inventars nicht als gegenwärtig in dasselbe aufgenommen werden konnten; so dringt sich jedem Gläubiger, besonders wenn er ausserdeß mit mathematischer Gewißheit berechnen kann, daß die kompendiöse Massa zur Tilgung seiner Foderung nicht mehr zureichen werde, gewiß von selbst die Frage auf: „Ob er denn auf solche offenbar zu „seinem größten Nachtheile veräusserten Objekte gar keine Rechte mehr habe?"

§. 7.

Es wird nach meiner Ueberzeugung nicht schwer seyn, diese Frage gründlich und erschöpfend zu beantworten, wenn man, was

ich kaum für möglich halte, nicht abläugnen kann oder will,

daß solche AktivFoderungen einmal zum Vermögen des Schuldners gehört haben, daß selbe ein integrirender Theil seines ganzen Vermögens gewesen seyen.

Ist dieß, und wer es widersprechen wollte, müßte doch die Existenz der Sonne am hellen Mittage läugnen, so ist es klar, daß sich auf selbe auch das Pfand = vielmehr das HypothekRecht all jener Gläubiger erstreckte, welche früher schon, als ihr Schuldner das Eigenthum solcher VermögensObjekte erworben, ein ausdrückliches oder gesetzliches allgemeines Pfand = oder Hypothek-Recht erworben hatten.

Das ganze Vermögen (univ. juris) eines Schuldners ist Gegenstand der generelen Hypothek (§. 4. u. 5.), integrirende Theile desselben müssen es also auch seyn, wenn nicht die Wegnahme der Theile den Begriff des Ganzen aufheben — zerstören soll.

§. 8.

Es stund also den ältern, gleichviel ob gesetzlich = oder konventionelen Hypothekar-Gläubigern allerdings das HypothekarRecht auf solche Aktiven, welche der Schuldner

erst während der Existenz solcher General-Hypotheken erwarb, (zukünftiges Vermögen) undisputirlich zu, und der MassäKurator würde es gewiß für seine strenge Pflicht gehalten haben, auf diese Aktiven, wären sie bey der InventarsErrichtung noch vorhanden gewesen, seine Hand zu legen. Sollte nun die früher geschehene Veräußerung derselben den ältern HypothekarGläubigern ihr dingliches Recht auf selbe ohne weiters entrissen haben?

Wir wollen auch diese Frage näher untersuchen.

§. 9.

Das allgemeine HypothekRecht, welches alle ältern HypothekGläubiger auf das GesammtVermögen eines Schuldners haben, besteht im wesentlichen darinn,

> daß ihnen die ganze Sache bis dahin, daß ihre Forderungen gänzlich getilgt sind, verhaftet bleibe, und daß sie sich zuletzt wegen ihrer Befriedigung an der Sache durch deren Verkauf erhollen können.
>
> Thibaut L. c. §. 648.

Die Realisirung dieses Rechtes hat nun bey dem Faustpfande (pignus) keine Schwierigkeit, weil es der Gläubiger nicht eher aus Handen zu geben braucht, als bis er befriedigt ist; anderst ist dieß bey der

Hypothek, in deren Besitze der Schuldner bleibt, und worüber er also sehr leicht zum Nachtheil seiner Gläubiger disponiren kann. — Auch da mußten die Gesetze, und sie sorgten auch für die Sicherheit der Gläubiger durch die Hypothekar-Klage.

§. 10.

Daß selbe gegen den Schuldner selbst, wenn er noch im Besitze der Hypothek sich befindet, mit dem vollen gesetzlichen Erfolge angestellt werden könne, und sich gegen ihn erst in 40 Jahren verjähre, dafür darf ich wohl kein Gesetz und keinen Author zitiren; daß dieselbe Hypothekar-Klage, mit demselben rechtlichen Erfolge, auch gegen dritte Besitzer der Hypothek, obwohl auf eine kürzere Präscriptionszeit beschränkt, angestellt werden könne, wird ebenfalls kein Jurist bezweifeln, der, wenn er auch die Gesetze selbst nicht nachlesen will, nur einige der bewährtesten Authoren darüber nachschlägt.

Conf. Thibaut L. c. §. 677. lit. c. Hellfeld L. c. §. 1104. Boehmeri doctr. de action. sect. II. cap. 3. §. 49. sequ. Leyser med. spec. 224. §. 2.

§. 11.

Daß diese dem Gläubiger auch gegen einen dritten Besitzer der Hypothek zugestan=

dene Klage die Möglichkeit der Veräusserung des Ganzen oder eines Theiles der verhypothezirten Sache durch den Schuldner voraussetze, ist hiernach eben so klar, als es keinem Anstande unterliegt, daß jeder Schuldner, der bestehenden General Hypothek ungeachtet, jedes Stück seines Vermögens giltig veräussern, und das Eigenthum einzelner Vermögenstheile auf einen Dritten rechtlich übertragen könne.

Denn der Schuldner bleibt immer Eigenthümer seines Vermögens. Er behält die volle Disposition über selbes, welche nur durch das darauf lastende dingliche HypothekRecht beschränkt ist, und die einzige Folge hat, daß er einen solchen Vermögenstheil nicht anders, als mit der darauf lastenden Hypothek verkaufen kann.

Energisch spricht diesen Satz gewiß die lex 15. Tit. 14. Cod. de pign. et hypoth. durch die Worte aus:

> debitorem neque v e n d e n t e m neque donantem, neque legantem vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde, si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes,

wenn anderst noch bey der unbestrittenen

Zuläßigkeit der hypothekarischen Klage gegen dritte Besitzer, über die Fortdauer der GeneralHypothek, auch nach dem Verkaufe, ein Zweifel obwalten sollte.

Alle hieher einschlägigen Gesetze sprechen diesen Satz so bestimmt aus, daß man unmöglich deutlicher sprechen kann.

L. 10. Cod. de remiss. pign.

„res pignoris hypothecaeve jure creditori„bus obnoxias citra consensum eo„rum debitores alienantes, praeceden„tem non dissolvunt obliga„tionem.“

Man vergleiche damit

L. 12. Cod. de distract. pign.

„si debitor rem tibi jure pignoris obliga„tam, te non consentiente, distraxit, do„minium cum sua causa transtulit „ad emtorem.“

Die Folge aus all dem ergiebt sich daher von selbst, daß der Schuldner wohl allerdings Theile seines mit einer General-Hypothek verhafteten Vermögens, ja sein ganzes Vermögen selbst, giltig veräussern könne, jedoch nicht anderst, als mit der darauf haftenden Hypothek, deren Wirkung so kräftig ist, daß das Gesetz dem Gläubiger sogar die freye Wahl läßt, ob er lieber auch gegen einen dritten Besitzer nach der Hypothek

greifen, oder seinen Schuldner mit der PersonalKlage verfolgen will.

Lex 14. Cod. l. c.

§. 12.

Daß nach diesen Prämissen durch die dem Schuldner allerdings erlaubte Veräusserung eines integrirenden Theiles der universitas juris (seines gesammten Vermögens) das darauf gehaftete generele Pfandrecht nicht verlohren gehe, darüber wird nun wohl kein weiterer Zweifel obwalten, und es ist somit klar, daß jedem ältern HypothekarGläubiger das Recht zusteht,

gegen die Besitzer solcher Aktiven die HypothekarKlage mit dem rechtlichen Antrage geltend zu machen, gerichtlich zu erkennen, daß den ältern HypothekarGläubigern die PfandGerechtigkeit auf diese Objekte zustehe, daß folglich Beklagte schuldig seyen, selbe den HypothekarGläubigern so lange einzuräumen, bis sie wegen ihrer Kapitalien und Zinse vollständig befriedigt sind.

Die möglichen Einreden gegen diese Klage hier zu erörtern würde zwecklos seyn. Ich werde im besondern Theile diejenigen ausheben, die wenigst einigen Schein für sich haben, um auch von der Seite den Fall erschöpfend zu prüfen, und nicht den Vorwurf

zu verdienen, ohne gehörige und vollständige Umsicht die Massa in zwecklose Kosten zu versetzen.

II. Besonderer Theil.

§. 13.

Graf von Reisach hatte, was notorisch ist, eine große Menge StaatsPapiere an sich gebracht, und selbe wieder veräussert. Besonders hatte er diese Art Spekulation in den letzten Jahren vor seiner Entlassung sehr in's Große getrieben, und die Summe der auf diese Art in seine Hände gekommenen, und sein Eigenthum gewordenen Staats-Papiere, soviel selbe bisher offiziel bekannt wurde, beträgt ohne Zinsen

249,239 fl. 41 kr.

Da es keinem Anstande unterliegt, daß selbe sein volles Eigenthum waren, folglich zu seinem ganzen, gleichviel ob beweglich- oder unbeweglichen Vermögen gehörten: so ist es auch klar, daß die schon früher auf seinem gesammten Vermögen gehaftete General-Hypothek des Fiskus und aller ältern HypothekarGläubiger diese StaatsPapiere, im Momente, wo er selbe akquirirte, sogleich affizirte. Dieß hinderte jedoch nicht, daß er selbe wieder giltig veräussern, deren Eigenthum mit vollem rechtlichen Erfolge auf andere, jedoch nur mit der darauf als dingli-

ches Recht lastenden Hypothek, übertragen konnte.

Dem Fiskus sowohl, als den ältern HypothekarGläubigern steht daher die HypothekarKlage gegen die dritte Besitzer dieser Obligationen mit dem oben (§.12.) angegebenen rechtlichen Erfolge ganz verläßig zu, vorausgesetzt, daß sie ihr genereles Hypothek-Recht genügend nachweisen können, was wohl nicht dem entferntesten Anstande unterliegt, da dem Fiskus seine gesetzliche GeneralHypothek vom Tage des Eintrittes des Gemeinschuldners in den Staatsdienst läuft, anbey aber auch in den KonkursAkten eine Menge ältere Graf von Reisachische Obligationen liegen, in denen überall die generele Verpfändung seines ganzen Vermögens ausgedrückt ist.

Die HypothekarKlage ist also an sich vollkommen gegründet.

§. 14.

Eine andere Frage aber ist die, ob den dermaligen Besitzern dieser Obligationen nicht solche Einreden zu Gebothe stehen, daß dadurch das an sich gegründete Klagerecht elidirt wird? Wir wollen sämmtlich mögliche Einreden in Kürze prüfen.

§. 15.

Eine der wichtigsten ist wohl, daß durch

den Verkauf selbst das Pfandrecht erloschen seye.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht habe ich oben schon zur Genüge dargethan. Verkaufen darf der Schuldner ein bloß generel verpfändetes Stück seines Vermögens wohl, aber nur mit dem darauf haftenden dinglichen HypothekarRechte, welches durch den Verkauf allein in der Regel nicht erlöscht.

Aber es giebt doch Ausnahmen von dieser Regel? Allerdings!

Allein, wer weiß nicht, daß diese strictissime interpretirt werden müssen, daß selbe lediglich keine ausdehnende Erklärung zulassen?

§. 16.

Wir wollen aber nun alle diese Fälle, wo das Pfand- und Hypothekrecht erlöscht, aufzählen, und dann untersuchen, ob selbe im vorliegenden Falle Anwendung finden, oder nicht. Ich folge hierinn der vortrefflichen Zusammenstellung

Thibauts B. II. §. 667.

und bemerke, daß

1. Hier gewiß nirgends die Veräußerung der Hypothek an einen bessern Pfand-Gläubiger nachgewiesen werden kann. Eben so wenig werden

2. Die dermaligen Besitzer dieser Obligationen mit dem Beweise aufkommen können, daß der Fiskus, oder irgend ein anderer HypothekarGläubiger bestimmt und positiv durch Worte oder Werke seine Zustimmung zur Veräusserung gegeben habe. Auch ist hier keineswegs

3. Von der Veräusserung eines Stückes aus einer universitas hominis seu facti die Rede, worunter das Gesetz eine Heerde, ein Warenlager, eine universitas von Sklaven ausdrücklich und ausschließend benennet.

Die AktivForderungen, die AktivHypotheken eines Schuldners, hier StaatsPapiere, hat das Gesetz nirgends ausgenommen, konnte selbe nicht ausnehmen, weil sie, so wie Häuser, Landgüter, Prätiosen ꝛc. ein integrirender Theil des ganzen Vermögens waren, folglich in deren Bezug eine wahre universitas juris bilden. — Daß

4. Der Fiskus, oder sonst ein Gläubiger arglistig zum Verkaufe geschwiegen habe, wird wohl ebenfalls keiner der dermaligen HypothekBesitzer nachzuweisen im Stande seyn.

Mit diesen Einreden wird daher keiner von sämmtlichen HypothekarGläubigern aufkommen können; wonach es durchgehends

bey der von Thibaut in vollem Einklange mit den Gesetzen so bestimmt ausgesprochenen Regel bleiben muß, daß,

wenn das Pfand (Hypothek) ohne Wissen oder unter Widerspruch des Gläubigers veräussert wird, das dingliche Recht des HypothekarGläubigers nie erlösche.

§. 17.

Allein die

Lex. 34. dig. de pign. et hypothec.

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur: et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit; cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae, respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur,

scheint den Besitzern veräusserter Hypotheken das Wort zu sprechen!

Jedoch, analysiren wir das Gesetz, so wird sich finden, daß selbes in vollem Einklange mit den übrigen Bestimmungen die Regel geradezu bestättigt.

Abgesehen davon, daß es von Erlöschung des Pfandrechts auch verkaufter Waaren gar nichts spricht, bestättigt es nur den Satz, daß in universitate hominis die an die Stelle verkaufter Waaren Angeschafften ebenfalls mit dem HypothekarNexus behaftet seyen.

Wie konnte also dieses Gesetz hier als Grund gegen die Regel angeführt werden, da sie selbe vielmehr bestättigt, und am Ende sogar mit den bestimmtesten Worten sagt:

Creditor pignori accepit, quidquid in bonis habet habiturusve est. Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab aliis mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint? Respondit coepisse.

Daß übrigens unter einer generelen Hypothek alles sowohl beweglich- als unbewegliche Vermögen verstanden werde, dafür bürgt theils der Begriff schon für sich, theils ist dieß durch die

Lex. 6. dig. de pign. et hypoth.

so bestimmt ausgesprochen, daß wohl kein vernünftiger Zweifel darüber obwalten kann, worinn nur der puta suppellex, vestis, mancipia et ministeria perquam necessaria etc. ausgenommen sind.

Strück ad Pand. Lib. 20. Tit. 1. §. 16.

§. 18.

Daß das Gesetz dem Schuldner die Freiheit einräumt, seinen Sklaven die Freiheit zu geben, ein Stück aus einer Heerde, eine Waare aus einer Handlung, Weine aus einem Keller zu verkaufen, ist

1. Eine Ausnahme von der Regel, welche diese nicht aufheben kann, und eben weil sie Ausnahme ist;

2. Nie extensiv interpretirt werden darf.

Der bekannte Leyser hat diesen Satz in seinen

Meditat. ad Pand. spec. 224. §. 6.

mit der ihm eigenen Konsequenz auch so richtig angewendet, daß er diese Ausnahme auf res particulatim venditas beschränkt, nicht aber auf solche Dinge ausdehnen läßt, quae ad corpus venditae fuerunt. Das dort angeführte Helmstädtische Responsum ist auch ganz im Geiste des Gesetzes abgefaßt, indem die Ausnahme von der allgemeinen Regel nur beym DetailVerkaufe angenommen werden darf, wenn nicht selbst durch das Gesetz dem Betruge Thür und Thor geöffnet werden soll. —

Und nur in diesem Falle setzt auch unser CivilGesetzbuch

Cod. civ. P. II. Cap. 6. §. 10. in not.

Kaufmannswaaren und Venalien als gleichbedeutend nebeneinander, zum Beweise, daß nicht alles Venale, sondern nur das, welches unter Kaufmanns-Waaren gerechnet werden kann,

„soferne solche nur stückweise verkauft „werden,"

von der allgemeinen Regel ausgenommen ist.

Zudem ist sich die Legislation hier auch ganz konsequent geblieben, indem selbe, wie aus mehrern Stellen zur Genüge erhellt, die Sklaven, so wie eine Heerde, eine Bibliothek, unter die universitates facti seu hominis zählt, wo selbes den Grundsatz ausgesprochen hat, daß ungeachtet einer generelen Hypothek einzelne Theile einer solchen universitas giltig veräussert werden können; allein diese Ausnahme darf, wenn nicht die Regel dadurch selbst wegraisonirt werden soll, nicht weiter, als das Gesetz selbe ausspricht, ausgedehnt werden, weßhalb die Beispiele von Früchten auf dem Felde, vom Wein im Keller, von den Waaren in einer Handlung durchaus nichts releviren, weil keines dieser von der Regel ausgenommenen Gegenstände hier zur Sprache kömmt, und Graf von Reisach weder ein Bauer, noch Wirth, noch Handelsmann war, Hypotheken nie Handelswaare waren, nie sind, und nie

seyn werden, auch im römischen Gesetze nie als solche anerkannt sind. — — —

§. 19.

Noch ist die wichtige Frage zu erörtern, ob der anzustellenden HypothekarKlage nicht die Einrede der Verjährung entgegen stehe?

Hier glaube ich vor allem die Bemerkung machen zu müssen, daß zwischen der actio pauliana und der actio hypothecaria wohl unterschieden werden müsse.

Erstere erheischt allerdings nur eine Verjährungszeit von 5 Jahren.

Die HypothekarKlage aber kann gegen dritte Besitzer nur in 10 respekt. 20 Jahren, und gegen den Fiskus, welchem die Privilegien der Minderjährigen zustehen, so wie etwa die gegen die im Graf v. Reisachischen Konkurse als HypothekarGläubiger befangenen Minderjährigen gar nur in 40 Jahren präscribirt werden.

L. 1. 2. Cod. si adv. cred. praescr.

L. 7. §. 1. Cod. de praescr. 30 vel 40 ann.

Diese Präscriptionszeit ist aber bei keinem einzigen Besitzer solcher Papiere abgelaufen, folglich auch da nicht im geringsten zu fürchten, daß auf diesem Wege das Klagerecht der ältern HypothekarGläubiger, und namentlich des Fiskus eledirt werden möchte.

§. 20.

Sollten jedoch alle diese Gründe nicht vermögen, die einfache Frage: „Ob die Hypo„thekarKlage auch gegen einen dritten Besi„tzer eines Pfandes zuläßig seye?“ genügend und zur vollen Ueberzeugung bejahend zu beantworten, so glaube ich doch, daß ein bereits vorliegend für diese Frage so gut als entschiedener Fall darüber wohl gar keinen Zweifel mehr übrig lassen könne.

Wer sich die Mühe nehmen will, die dermal auf dem Beweisverfahren beruhenden Streitakten der Graf v. Reisachischen MassäKuratel gegen die Kreszenz Dänzel wegen dem Gute Anwanden aufmerksam zu durchlesen, der wird sich wohl sehr leicht überzeugen, daß das Gewinnen dieses Prozesses für die Massa einzig von der Herstellung des Beweises der Existenz älterer GeneralHypotheken abhängig seye.

Ist dieser Beweis geliefert, dessen Herstellung wohl keinem Anstande unterliegt; kann dieser Beweis, woran nicht zu denken, durch den Gegenbeweis nicht elidirt werden, so muß nothwendig zu Gunsten der Massa erkennet werden, wodurch selbe zwar nur einen geringen aber doch einigen Zuwachs erhält, der durch die Reklamation der Staats-

Papiere gewiß über das Dreyßigfache erhöht wird, und wodurch allein für die Minderprivilegirten und die mit jüngern Hypotheken versehenen besonders dem Fiskus nachstehenden Gläubiger die Möglichkeit gegeben wird, daß sie je noch einen Heller an ihren Forderungen erhalten.

Neuburg den 11. Aug. 1816.

Kreisrath und Kronfiskal
Welsch.

V.

Ueber die Nothwendigkeit der gegen die Besitzer Graf von Reisachischer StaatsPapiere anzustellenden HypothekarKlage.

Die Rechtlichkeit der HypothekarKlage gegen die Besitzer Graf v. Reisachischer StaatsPapiere von Seite des Fiskus und aller ältern HypothekarGläubiger habe ich in dem anliegenden rechtlichen Gutachten durch die deutlichsten Geseze zu begründen gesucht.

Die Nothwendigkeit der Anstellung derselben dürfte sich aus Nachfolgendem ergeben.

Die Graf v. Reisachische AktivMassa soll sich dem Vernehmen nach höher nicht als auf circa 200,000 fl. belaufen.

Der status passivus beträgt nach der vor

mir liegenden Zusammenstellung sämmtlich liquidirter Forderungen

1,021998 fl. 18 kr. $\frac{7}{10}$ hl.

Nehme ich nun an, daß davon die jährlichen Zinse nur eine runde Summe von 40,000 fl. betragen mögen, weil doch bey vielen Posten keine Zinse stipulirt sind, und usurae morae im Konkurse nicht Statt haben, so dürfen für einen dreijährigen Zinsenlauf wenigst 120,000 fl. angenommen werden, welcher Betrag bis zur gänzlichen definitiven Beendung wohl auf das Doppelte angenommen werden darf.

Unter diesen Forderungen belaufen sich die des Kron- Finanz- und Stiftungs-Fiskus, vorbehaltlich der laufenden Zinse, allein auf

222,244 fl. 13 kr. 6 hl.,

für welche, auf dem Grunde der dem Fiskus zuständigen gesetzlichen Hypothek, vom Eintritte des Grafen von Reisach in den Staatsdienst, die 8te Klasse in neo acquisitis aber das unbedingte Vorzugsrecht vor allen HypothekarGläubigern in Anspruch genommen wurde.

Es beruht zwar noch auf dem rechtlichen Erkenntnisse, ob dem Fiskus das in Antrag gebrachte Vorzugsrecht gebühre; allein angenommen, daß selber damit ausreiche, so

absorbiren dessen Forderungen allein die ganze Massa, und alle übrigen Gläubiger haben dann im eigentlichsten Sinne das leere Nachsehen; oder eine mehr oder mindere Summe von HypothekarGläubigern wird dem Fiskus vorgesetzt; dann tritt gegen diesem ganz oder zum Theile derselbe Fall ein, so daß es dessen vorzüglichstes Augenmerk seyn muß, die Massa nach Möglichkeit zu vermehren, wenn nicht ein Streit de lana caprina ausgestritten, und das gute Geld, wie man sagt, von allen Seiten dem schlechten nachgeworfen werden soll.

Neuburg den 11. August 1816.

VI.

Die Deduktion, welche der k. Advokat Brunner zwar ebenfalls bey obiger Kommißion übergeben, aber inzwischen noch *ad revidendum* zurückgenommen, und als verbessert am 26. Aug. reexhibirt hat.

Aus manchen schriftlichen und mündlichen Aeusserungen bei der Kommission vom 17. dieß über die Frage: „Ob Reklamationen „über mehrere vom Hrn. Grafen Karl August v. Reisach erworbene und wieder veräusserte StaatsPaßivKapitalien erhoben „werden sollen?“ mußte ich wahrnehmen, daß die verehrlichen Herren Interessenten über das factum selbst noch nicht im Klaren sind.

Während man von einer Seite die ganze Summe aller jener StaatsPaßivKapitalien, die je durch die Hände des Herrn Grafen giengen, und durch die Recherchen der königlichen SchuldentilgungsKommißionen bekannt wurden, in den aufgeführten Größen von 255,527 fl. 40¾ kr. an Haupt- und Nebensache als reklamabel darstellt, ja im Gegensatze dieser Summa gegen die geringe AktivMassa, wo nicht einen Rechtsgrund, doch einen Grund eines mächtigen Reitzes für die Reklamationen finden will, zweifelt man von der andern Seite, ob nicht unter diesen als reklamabel dargestellten StaatsPaßivKapitalien solche enthalten sind, welche der Herr Graf als Unterpfänder, Depot oder Sicherheitsmittel gegeben haben könnte.

Es thut daher Noth, vor allem das reine

factum

darzustellen, so weit es sich aus dem, was bisher bekannt wurde, entwickeln läßt.

Schon im Jahre 1808 brachte Hr. Graf Karl August von Reisach mehrere PaßivKapitalien des Fürstenthums Oettingen Spielberg von verschiedenen Personen an sich, welche er in den Jahren 1808, 1809 und 1810 zu verschiedenen Zeiten wieder an verschiedene Personen zedirte.

Nach der Angabe der königl. Spezial-StaatsschuldenLiquidationsKommißion des RezatKreises vom 5. April 1814 bestehen diese Kapitalien in der Summe von

46,000 fl.

an Hauptsache, und von

4272 fl. 54 kr. 2 pf.

an dortmals rückständigen Zinsen.

Alle diese Kapitalien sind bei den betreffenden königl. SchuldenTilgungsKassen auf jene Cessionars umgeschrieben, an welche sie Herr Graf Karl August von Reisach, oder die Cessionars desselben an andere überlassen haben.

Ausser diesen Kapitalien erwarb Hr. Graf eine Menge anderer Kapitalien, und zwar nach den Recherchen der k. Spezial-SchuldenTilgungsKasse zu Augsburg vom 5. April 1814 verschiedene Kapitalien in einer Summe von

142,061 fl. 41 kr.

Nach den Recherchen der k. Staats-SchuldenLiquidationsKommission zu München vom 4. April 1814 verschiedene Kapitalien in einer Summe von

61,178 fl.

an Hauptsache, und an dortmals rückständigen Zinsen

2015 fl. 5¼ kr.

Ueber die Recherchen der königl. Spezial-SchuldenTilgungsKasse zu Augsburg ist zu bemerken, daß darinn weder die Jahre, in welchen Herr Graf die verzeichneten Kapitalien erworben hat, noch die Jahre, in welchen derselbe und dessen Cessionars die Kapitalien wieder an andere Personen cedirt haben, angegeben sind. — Jedoch sind von diesen Kapitalien an die k. CentralStaats-Kasse zurückgeflossen die unter 66 verschiedenen Numern aufgeführten Kapitalien, welche in Summa betragen

61,232 fl. 14 kr.

Bey den betreffenden Kassen wurden die unter 55 verschiedenen Numern vorgetragenen Kapitalien auf die Cessionars schon wirklich umgeschrieben; diese Kapitalien betragen in Summa

48,508 fl. 31 kr.

Unter 40 verschiedenen Numern werden verschiedene Kapitalien vorgetragen, welche zu jener Zeit, wo die Recherchen angefertiget wurden, noch nicht zur Umschreibung präsentirt, also auch noch nicht umgeschrieben wurden; diese betragen in Summa

28,920 fl. 59 kr.

Ueber die Recherchen der königl. Staats-SchuldenLiquidationsKommission zu München ist zu bermerken, daß dieselben bloß die-

jenigen ReichsstadtLindauischen StaatsPaßiv-Kapitalien enthalten, welche Herr Graf an sich brachte, ohne Angabe der Erwerbs- oder wiederumigen VeräusserungsJahre, ohne Angabe der Namen der gegenwärtigen Cessionars oder Besitzer, ohne Angabe, ob hievon Kapitalien schon zur StaatsKasse zurückgeflossen, Cessionars schon umgeschrieben sind, oder nicht.

Nach diesem factum ist hier nicht die Rede von Graf Reisachischen Staats-Papieren, da der Staat von Karl August Grafen von Reisach nie einige Paßiv-Kapitalien übernommen hat; es ist hier nicht die Rede von solchen StaatsPapieren, welche gedachter Herr Graf im Verkehre erworben, und bei Geldanlehen den Gläubigern als Depot, Unterpfand oder Sicherheitsmittel für empfangene Darlehen ausgeantwortet haben mag; sondern es ist schlechterdings nur von solchen StaatsPaßivKapitalien hier die Rede, welche Herr Graf von Reisach im Verkehre nach und nach erworben, aber nicht nur selbst, sondern auch die Cessionars desselben, und deren Cessionars in einer oft sehr bedeutenden PersonenReihe (von Erwerbern und Alienanten) wieder nicht auf einmal, sondern nach und nach veräussert haben.

Nach diesem factum frägt sich hier einzig und allein:

Ob die mit allgemeinen Hypotheken versehenen Gläubiger des Hrn. Grafen Karl August von Reisach die HypothekarKlage gegen die k. CentralStaatsKasse, gegen die Besitzer, welche als StaatsGläubiger schon umgeschrieben, und die übrigen Besitzer, welche noch nicht umgeschrieben sind, wegen den verzeichneten StaatsPaßivKapitalien mit Erfolg anstellen können?

Ich habe in meinen Darstellungen an das k. Kronfiskalat dahier vom 27. März, 10. und 17. April dieß Jahrs behauptet, daß die HypothekarKlage nicht begründet werden kann, und der erhaltenen Aufforderung zufolge zugleich die Unstatthaftigkeit der actio pauliana dargethan.

Dieß veranlaßte eine weitere Diskussion der Frage, worin Herr Kreisrath und Kronfiskal Welsch die Statthaftigkeit der HypothekarKlage auf die deutlichsten Gesetze zu begründen versucht hat, und zwar:

I. Im Allgemeinen.

a.) Durch den Begriff einer Hypothek;

b.) Durch die Eintheilung derselben nach der Entstehungsart oder dem Objekt;

c.) Durch den Unterschied einer universitas juris et facti, wovon jene die Regel, diese die Ausnahme bilden soll;

d.) Durch den Begriff einer allgemeinen Hypothek;

e.) Durch die Folgerungen hieraus, daß AktivFoderungen zu den allgemeinen Hypotheken gehören;

f.) Durch die Thatsache, daß die befraglichen AktivFoderungen einmal zum Vermögen des Herrn Grafen gehörten, und einen integrirenden Theil des ganzen Vermögens machten, welches als universitas juris Gegenstand der generelen Hypothek ist;

g.) Durch l. 15. C. de pign. et hypoth. (8. 14.) l. 10. de remis. pign. (8. 26.) l. 12. cod. de dist. (8. 28.), wodurch erwiesen wird, daß alle vom Schuldner vorgenommenen Veräusserungen nicht anders, als mit den auf der Sache haftenden Hypotheken geschehen;

h.) Woraus klar folgt, daß durch eine erlaubte Veräusserung eines integrirenden Theiles der universitas juris das darauf haftende generele Pfandrecht nicht verlohren gehe, also die bezweifelte HypothekarKlage allerdings Statt habe.

II. Im Besonderen:

a.) Weil die HypothekarKlage an sich vollkommen gegründet ist;

b.) Weil durch den Verkauf das Pfandrecht nicht erloschen ist, indem dieß die Regel ist, jede Ausnahme davon aber strictissime interpretirt werden muß;

c.) Weil die Hypothek an einen bessern Pfandgläubiger nicht,

d.) Auch nicht mit Wissen und Einwilligung der Gläubiger veräussert wurde;

e.) Weil hier von keiner Veräusserung eines Stückes aus einer universitas facti die Rede ist, worunter das Gesetz nur eine Heerde, ein Waarenlager und eine universitas von Sklaven ausdrücklich und ausschliessend benennt, sondern von AktivHypotheken, StaatsPapieren, welche, wie Häuser, Landgüter ꝛc. ꝛc., eine wahre universitas juris bilden;

f.) Weil kein Gläubiger arglistig zum Verkauf geschwiegen hat;

g.) Weil l. 34. de pign. et hyp. d. (20.1.) von Erlöschung des Pfandrechtes auf verkaufte Waaren gar nichts spricht, sondern am Ende die Regel des Nichterlöschens des Pfandrechtes durch Veräusserung in §. 2. eod. l. selbst bestättiget;

b.) Weil die Veräusserung eines Sklaven, eines Stücks aus einer Heerde ꝛc. ꝛc. eine Ausnahme, die nie extensiv zu erklären, ist, welche nur auf einzelne stückweise Verkäufe, nicht auf Verkäufe ad corpus wirken, und nur auf wirkliche universitates facti, nicht auf Früchte, nicht auf Wein im Keller und Waaren in einer Handlung bezohen werden darf, indem keines von diesen Dingen von der Regel ausgenommen ist, und Herr Graf weder Bauer, noch Wirth, noch Handelsmann war, und Hypotheken nie Handelswaaren waren, nie sind, als solche im römischen Gesetze nie erkannt wurden ꝛc. ꝛc.

Die Wichtigkeit der Sache, die Folgen, wenn die Reklamationen auf den Grund der prätentirten allgemeinen Pfandrechte durch die Gerichte des Reiches abgeschlagen werden könnten, wodurch bei dem steten Wechsel des Kurses der StaatsPapiere ein damnum emergens und lucrum cessans von einer solchen Summe veranlaßt werden könnte, daß die ganze Massa verschlungen zu werden in Gefahr stünde; die Kostspieligkeit jedes Prozesses, zumal eines Rechtsstreites gegen so viele im In- und Auslande unter einer Menge von Gerichtsstellen wohnende Besitzer, erfo-

dern vor jedem gerichtlichen Schritte eine genaue und ernsthafte Prüfung der Frage, und der verschiedenen Ansichten.

Ich gebe meine Lösung der Frage eben so wenig für unfehlbar aus, als ich die fiskalischen Ansichten zu unterschreiben wage; ich führe für beides meine Gründe, — die Gesetze selbst — an, und überlasse das Urtheil, auf wessen Seite Recht und Unrecht steht, dem vollendeten Juristen; — ich werde dadurch meine Pflicht rein erfüllt haben! — —

Die fiskalischen Ansichten kann ich nicht unterschreiben, denn sie ruhen auf ganz unrichtigen Begriffen und Darstellungen.

Während §. 4. die Entscheidung des vorliegenden Falles, von den Begriffen einer universitas juris und facti abhängend, erklärt, und nach Thibaut die Begriffe einer universitas juris et facti gegeben werden, wird nicht nur universitas juris als **Regel**, und universitas facti als **Ausnahme** aufgestellt, sondern von der ersten „daß alles für die universitas juris Angeschaffte oder Eingehobene demjenigen, welchem sie zufällt, herausgegeben werden muß" als Regel festgesetz, welche bei der universitas facti „**wo das Surrogat an die Stelle des Surrogirten tritt**" nicht Statt findet.

Zuvörderst ist nach den Gesetzen weder

universitas juris Regel, noch universitas facti Ausnahme davon; beide sind ausser allem Verhältnisse einer Regel zur Ausnahme, und da vorhanden, wo entweder durch die Gesetze selbst die Vereinigung eines Mannigfaltigen zu einer Einheit geschehen, und die universitas rerum das aktive und paßive Vermögen einer Person umfaßt, oder wo eine Vereinigung aus willkührlich vereinigt gedachten speziellen Dingen unter einem gemeinschaftlichen Namen besteht; beide gründen ihre Existenz auf l. 20. §. 1. 2. 6. 10. 12. l. 22. de hered. pet. D. (5. 3.) l. 23. §. 5. de R. v. D. (6. 1.) l. 30. de acq. v. amitt. poss. D. (41. 2.) u. l. 30. de usur. D. (41. 3.)

Dann ist die angegebene merkwürdige Regel der universitas juris „daß der Besitzer derselben, wenn er zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet ist, alles, aus den Mitteln der universitas Angeschaffte dem, welchem sie zufällt, mit herausgeben muß" mit andern Worten nichts anders als das alte „pretium succedit in locum rei, et res in locum pretii" oder nach der gewöhnlichen Redensart „daß die Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem sie surrogirt werden.

Wenn daher nach der fiskalischen Darstellung der erste Ausdruck derselben Regel nur bei der universitas juris, und nicht bei

der universitas facti gilt, bei welcher nur der gewöhnliche Ausdruck derselben Regel statt finden soll, so hat die Regel zugleich statt und nicht statt, je nachdem man die Sache in Worte kleidet, und so verwickelt sich die Darstellung selbst in offenbare Widersprüche über die einfachsten Rechtsmaterien, welche man doch in so wichtigen Gegenständen mit einem strengen Ernst ins Auge fassen soll.

Die fiskalische Darstellung spricht ein generelles Unterpfand als universitas juris aus.

Schon der Umstand, daß unter einem von einem Schuldner bestellten Unterpfand auf das ganze Vermögen nicht das passive Vermögen desselben begriffen seyn kann, weil eine allgemeine Hypothek nur das aktive Vermögen eines Schuldners nach dem Zwecke jeden Unterpfandes umfassen kann (l. 4. de pign. act. D. (13. 7.) während eine universitas juris das aktive und passive Vermögen einer Person in sich begreift (l. 3. de bon. posses. D. (37. 1.) l. 208. de V. S. D. (50. 16.) bewährt, daß eine allgemeine Hypothek keine universitas juris seyn kann. Auch die kleinste Aufmerksamkeit auf das, was die Lehrer der Institutten und Pandekten von Heineccius bis Höpfner ꝛc., von Hellfeld bis Thibaut ꝛc. hierüber gesagt haben, ohne den

alten Streit der Juristen zu würdigen, welche Dinge eine universitas juris im gesetzlichen Sinne sind, worin einige nur die haereditas und das peculium castrense, andere alle Pekulien, wieder andere die dos, jurisdictio etc. etc. als universitates juris annehmen, würde entdeckt haben, daß diese Behauptung von allen Lehren aller bisher bekannten Rechtslehrer abgehet.

Würde man dieser Lehre konsequent folgen, so hätten wir wirklich Aktiv- und Paßiv Hypotheken, wozu die fiskalische Darstellung anneigt, indem sie wirklich §. 15. Nro. 3. die AktivFoderungen eines Schuldners für AktivHypotheken erklärt, also stillschweigend den Gegensatz von Paßiv-Hypotheken anerkennt; freylich würde sich der Staat, dem eine allgemeine Hypothek auf das Vermögen seines Rechnungsführers zusteht, nie verstehen, die Schulden dieses letzten zu bezahlen, und kein Argument, es möchte, wie immer eine generelle Hypothek als universitas juris, also auch als hypotheca passiva nachgewiesen seyn, würde ihn dazu vermögen können!

Aber nicht bloß hierin würde die neue Lehre de jure et facto inkonsequent bleiben, sie ist es in den ausgesprochenen Sätzen selbst.

Wäre eine generele Hypothek wirklich universitas juris, so würde die merkwürdige Regel §. 4. dabei gelten, und da bei der Veräusserung der befraglichen StaatsPapiere der erlößte Werth an die Stelle der veräusserten StaatsPaßivKapitalien getreten seyn würde, so wäre hierauf die allgemeine Hypothek erloschen; diese wäre auf den Erlöß übergegangen, und der generele PfandGläubiger würde sich bloß an diesen halten, eine actio hypothecaria aber auf die StaatsPapiere selbst nicht mehr begründen können.

Wie unstätt der fiskalische Begriff einer universitas juris ist, bewährt §. 15. Nro. 3., wo Häuser, Landgüter, Prätiösen ꝛc. ꝛc. als eine universitas juris angenommen werden.

Selbst das factum wird nicht streng, wie es vorliegt, genommen, sondern der Sachenlage entgegen theils ausdrücklich, theils stillschweigend vorausgesetzt, daß Herr Graf Karl August von Reisach die befraglichen StaatsPaßivKapitalien zusammen und ad corpus veräussert hat, §§. 7. 11. 12. 13. 14. und 18.

Daß dieser Thatumstand unrichtig ist, bewähren die Recherchen der königl. SchuldenLiquidationsKommißionen; nicht auf einmal, viel weniger ad corpus, sondern in verschiedenen Jahren, zu verschiedenen Zei-

ten, und blos einzeln erwarb Herr Graf die befraglichen StaatsPapiere, und veräusserte dieselben wieder in der nämlichen Art an sehr verschiedene Personen.

Ist eine generele Hypothek nach allen Gesetzen und Theorien keine universitas juris, sondern facti, und dürfen nach der fiskalischen Lehre §. 18. Sachen aus einer universitas facti stückweise, und nach und nach, der generelen Hypothek ungeachtet, verkauft werden, ohne daß das onus hypoth. auf die veräusserten Sachen übergeht, so konnten auch die StaatsPapiere mit dem onus der Hypothek nicht auf die dritten Besitzer übergehen, indem sie nur stückweise veräussert wurden, und als unter einem gemeinschaftl. Namen des KapitalVermögens, aus verschiedenen spezielen Dingen willkührlich vereinigt gedacht, eine wahre universitas facti bildeten. L. 30. pr. D. de usurp. (41. 3.)

Zwar soll diese Befugniß nach gedachtem §. 18. nur eine Ausnahme von der Regel bilden, nicht auf die Früchte im Felde, Wein im Keller, Waaren in einer Handlung ausgedehnt werden dürfen; allein, die Darstellung widerspricht sich selbst, indem sie im Anfange des 18. §. nach dem Gesetze dem Schuldner die Freiheit einräumt, seinen Sklaven die Freiheit, ein Stück aus einer Heer-

de, eine Waare aus einer Handlung, Weine aus einem Keller zu verkaufen, während die Darstellung in demselben §. gleich darauf Nro. 2. am Ende diese Befugniß hinsichtlich der Früchte, des Weins und der Waaren dem Schuldner wieder benimmt.

Wenn sich die Unrichtigkeit dieser Lehre schon aus dem Schwanken der Sätze und aus ihren eigenen Widersprüchen in negativer Beziehung darstellt, so kann ihre Unrichtigkeit auch positiv klar nachgewiesen werden.

Die Gesetze geben einem Schuldner die Befugniß, einzelne Stücke aus einer universitas facti zu veräussern, mit der Wirkung, daß hiedurch das Pfandrecht an den veräusserten Stücken erlischt, nicht bloß in einer universitas von Sklaven, Heerden und Waaren, sondern ertheilen diese Befugniß bei Mobiliarschaften, Früchten und überhaupt allen Venalien.

Hinsichtlich der Heerden, Sklaven und Waaren ruht der Satz auf folgenden Gesetzen:

l. 13. D. de pign. et hypoth. (20. 1.) grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

l. 3. C. de serv. pign.
ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet, quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari, certum est. Non idem juris est in his servis, qui pignoris jure specialiter traditi vel obligati sunt.

l. 34. D. de pign. et hypothec. (20. 1.)
Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur: et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, qnae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit; cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae, respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur,

Hinsichtlich der Mobiliarschaft verordnet
l. 9. D. in quib. caus. pig. (20. 2.)
Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantis autem manumittimus; scilicet antequam percludamur.

Hinsichtlich der Erndten und Früchte verordnen l. 3. C. in quib. caus. pig. (8. 15.) quamvis fructus pignori datorum praeditorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse.

l. 16. §. 4. de pig. D. (20. 1.)
Interdum etiam de fructibus arbitrari *judex* debet; ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronunciare: nisi exstent et res non sufficit.

Hinsichtlich aller Venalien liegt der Grund in der vorangeführten l. 34. D. de pign. et hypoth. (20. 1.)

Denn unter taberna verstanden die Römer nicht blosse Waarenlager im gewöhnlichen Sprachgebrauche, sondern überhaupt den Verkehr aller Venalien, welcher selbst an ein bestimmtes Ort nicht gebunden seyn durfte.

l. 183. D. de verb. sign. (50. 16.)
Tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo, quod tabulis includitur.

l. 32. D. de. contr. emt. (18. 1.)
Qui tabernas argentarias vel caeteras ...lit etc. etc.

l. 8. §. 5. si serv. vind. D. (8. 5.) Aristo Cerelio vitali respondit, non putare se ex taberna cascaria etc. etc.

l. 15. de instruct. D. (33. 7.) Si ita testamentum scriptum sit, quae tabernarum exercendarum, instruendarum pistrini, cauponae causa facta, parataque sunt; do, lego, his verbis Servius respondit, et caballos, qui in pistrinis essent, et pistores, et in cauponia institores et focariam mercesque, quae in his tabernis essent, legatas videri.

l. 18. de inst. act. D. (14. 3.) Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur, quique sine loco ad eundem actum praeponitur.

Wenn die römischen Gesetze im Gegensatze eines pignoris manifestarii (specialis nach den Godofredischen Glossen, und nach Westphals Pfandrecht §. 21. not. 37.) zum GeneralPfandrecht (secundum quid) dem Miether erlauben, vor der gerichtlichen Beschlagnahme Stücke von den invectis und illatis, ohne daß das onus hypothecae mit übergeht, zu veräussern; wenn jene Gesetze das Pfandrecht an den Früchten nur auf die zur Zeit der erhobenen Klage vorhandenen, nicht auf die vorher veräusserten

oder verzehrten Früchte erstrecken; wenn diese Gesetze ausser diesen Fällen den Grundsatz überhaupt auf alle Sachen, welche sich zum menschlichen Verkehr eignen, allgemein in dem Worte „taberna“ erstrecken, so ist kein Grund vorhanden, dieselben gesetzlichen Anordnungen blos auf Sklaven, Heerden und Waaren in der engsten Bedeutung anzuwenden.

Läßt man das, was die römischen Gesetze unter dem Worte „taberna“ verstanden und begriffen haben, nicht aus dem Auge, worüber ich nur ein Lexicon juridicum ju. rom. z. B. von Simon Schard rc. rc. voce „taberna“ nachzuschlagen bitte; vergißt man nicht, daß die römischen Gesetze immer da eine taberna als vorhanden betrachten, wo ein Verkehr getrieben wird, selbst, ohne daß ein Ort dazu bestimmt ist; vergißt man die Thatsache nicht, daß Herr Graf v. Reisach einen förmlichen Verkehr mit StaatsPapieren getrieben, diese stückweise erkauft und stückweise wieder verkauft, daß er sogar zu diesem Verkehr einen eigenen Geschäftsführer förmlich ernannt und gebraucht hat; erwägt man, daß Staatspapiere wirklich Waaren sind; daß sie dem Kurse unterliegen, wodurch ihr Gebrauch vergütet wird — die allgemeinste Bestimmung der Merces —;

so ist die Folge evident, daß durch die Veräusserungen alle Hypothekrechte auf jene StaatsPapiere erloschen sind, und daß sonach die Massa eine HypothekarKlage nicht anstellen kann.

So wenig entscheidet hier die Ausflucht, daß die römischen Gesetze von den allgemeinen Anordnungen über Pfandrechte eine universitas von Sklaven, Heerden und Waaren ausgenommen haben, da ja gerade der vorliegende Fall unter die Ausnahmen subsumirt werden muß!!

Das Gewicht dieses Gesetzes fühlte die fiskalische Darstellnng §. 17. so sehr, daß sie behauptet, daß in diesem Gesetze von Erlöschung des Pfandrechtes keine Rede, sondern vielmehr am Ende die Bestättigung der Regel in den bestimmtesten Worten zu finden sey; allein, diese Behauptung ist völlig ungegründet.

In der lex 34. wurde der Fall zur Entscheidung vorgetragen: eine taberna wurde verpfändet, und es entstand die Frage: „Ob die zur Zeit des bestellten Pfandes vorhandenen (merces, quae in ea erant) und nach der Hand veräusserten Waaren (et si eas merces per tempora distraxerit) mit der Pfandklage verfolgt werden dürfen, oder diejenigen Waaren, welche zur Zeit des To=

des des Schuldners vorgefunden wurden?" An dem letzten zweifelte man um so mehr, als ganz andere Waaren, von einer ganz andern Art (cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae) vorhanden waren. Und die Entscheidung fiel dahin aus: daß mit der HypothekarKlage bloß die zur Zeit des verstorbenen Schuldners vorhandenen Waaren verfolgt werden dürfen, (respondit ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.)

Klar ist hier die Erlöschung des HypothekarNexus auf die verkauften Waaren ausgesprochen, und an diesem Ausspruch hat von Negusantius angefangen bis Thibaut noch kein Jurist gezweifelt.

Das, was in §. 2. der l. 34. D. de pig. et hypoth. (20. 1.) verordnet ist, macht nicht das Ende des Gesetzes in princ.; es hängt gar nicht mit dem zusammen, was im Eingange als Gesetz aufgestellt ist, sondern der §. 2. enthält eine Entscheidung einer ganz verschiedenen vorgelegten Rechtsfrage, welche sonach keine Regel gegen das, was im Anfange des 34. Gesetzes verordnet wurde, bestättigen kann.

Jeder ernstliche Blick auf das, was die Pandekten sind, Sammlungen von Entschei-

dungen der einzeln vorgetragenen Rechtsfälle, jede Rückerinnerung auf den ersten Unterricht über den Gebrauch und die Erklärung der Pandekten, hätte den Mißgriff verrathen und abhalten müssen, gar nicht zusammenhängende Gesetze in einen Zusammenhang zu bringen.

Welche Früchte soll man nun bei der Klarheit des entschiedenen Falles durch ein speziales Gesetz von Ausführungen über den Begriff, Eintheilungen der Hypotheken, über die Sätze, daß alle AktivFoderungen, alle gegenwärtigen und künftigen Sachen, alles bewegliche und unbewegliche Vermögen eines Schuldners zur GeneralHypothek gehören ꝛc. ꝛc. für den vorliegenden Fall erwarten? — Wahrhaftig gar keine; wenigstens werden sie sehr zweifelhaft, wenn man die Gesetze über diese Gegenstände zusammenstellt, wovon ich nur weniges anführen will.

Zur GeneralHypothek gehört alles gegenwärtige und künftige AktivVermögen eines Schuldners, sagt man, und schließt hierauf, daß durch Veräusserungen eines Schuldners ohne Wissen und Einwilligung des Gläubigers die Hypothek nicht erlischt. Die Gesetze drücken die allgemeine Hypothek in den Worten „quae habet, habiturusve sit“ aus, und es frägt sich sonach vor allem, was die Gesetze unter dem Worte „habere“ verstehen?

l. 143. de verb. siqui. D. (50. 16.) erklärt, id apud se quisque habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim, quod peti potest.

l. 49. cit. l. sagt:

In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.

Hat ein Schuldner Sachen veräusſert, so steht ihm darauf keine Klage mehr zu; eas res debitor, non apud se habere videtur. Sind aber in der allgemeinen Hypothek nur ea, quae habet, habiturusve sit, verpfändet, wie kann sich die actio hypothecaria auf veräusſerte Sachen, und ea, quae debitor apud se habere non videtur, erstrecken? — —

Freylich sind alle bona futura unter der allgemeinen Hypothek begriffen; aber welche Güter die Gesetze dahin rechnen, sagen sie

l. 15. D. de pign. et hypoth. (20. 1.)

et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata.

Verbindet man dieses Gesetz mit den Verordnungen l. 9 D. in quib. caus. (20. 2.) l. 16. §. 4. de pig. (20. 1.) l. 3. Cod. in quib. caus. (8. 15.), welche ich vorne anführte, so erstreckt sich wegen den künftigen Gütern die actio hypothecaria nicht weiter als auf jene Sachen, welche zur Zeit der angestellten Klage vorhanden sind.

Liest man in dieser Verbindung die l. 15. §. 1. D. de pig. et hypoth. (20. 1.) quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, qnae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et postea acquisierit etc. etc., so wird der Zweifel noch um so stärker, daß die actio hypothecaria bei allgemeinen Hypotheken nur auf jene Sachen reicht, welche man zur Zeit der Klage bei dem Schuldner findet, je älter er ist, (indem schon die Godofredische Glosse zum besagten Gesetz komentirt: nam in generali obligatione sufficit, si postea res quandocunque i n v e n i a t u r in bonis obligantis), und je näher sich diese Darstellung an das gesetzliche Wort „habiturus" anschließt, da dieser vom Gesetze gebrauchte

Ausdruck nicht bloß die erst nach der Verpfändung erworbenen Güter, sondern eben so gut die noch zur Zeit der Klage vorhandenen umfaßt, indem die Gesetze das Wort „habere" selbst öfters in der Bedeutung von detinere nehmen, vid. Lex. jur. Sim. Schard. pag. 427. voce habere.

Die in der fiskalischen Darstellung §. 11. angeführten Gesetze l. 12. C. de dist. pign. (8. 28.) l. 15. Cod. de pig. et hyp. (8.14.) l. 10. C. de remis. (8. 26.) bewähren gegen diese aufgestellten Zweifel nichts, oder nicht viel. Denn alle diese Gesetze sprechen nur von Spezial-Hypotheken, was aus den Worten „si tibi obligatam rem probare" etc. etc. erhellt; denn in diesem Beweis muß nach l. 15. D. §. 1. de pig. et hyp. (20. 1.) und l. 23. de prob. et praes. D. (22. 3.) (ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecae sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit) der Beweis, quod res tempore contractus in bonis debitoris fuerint, enthalten seyn, eine Auflage, welche gesetzlich nur den Inhalt eines besondern Unterpfandes trift.

Dann leiden selbst diese Gesetze in Spezi-

alHypotheken, wo fremde Güter unterstellt werden, eine bedeutende Ausnahme.

Man lese l. 9. D. qui pot. in pig. (20.4.) §. 3. Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta est pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit, haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse.

Ungeachtet dem Mävius ein Pfandrecht auf das Gut ausdrücklich bestellt, ungeachtet Titia nach der Hand Eigenthümerin des verpfändeten Gutes wurde, konnte sie doch dieses Gut ihrem Ehemann als dos und zwar venditionis causa in der Art überlassen, daß Mävius das Pfandrecht hierauf nicht geltend machen konnte, wenn der Ehemann von der Verpfändung nichts wußte!! — Da in allgemeinen Pfandrechten auch bo-

na aliena, welche nachhin der Schuldner erwirbt, begriffen sind, so bewährt schon das eben angeführte Gesetz, daß die in der fiskalischen Darstellung angeführten Gesetze für den Satz, quod res quaelibet transeat cum suo onere, weder für alle speziellen, noch viel weniger für die allgemeinen Pfandrechte entscheidend sind.

Jedes allgemeine Pfandrecht ist in Hinsicht seines Inhalts ein wahres Adgregat: werden nicht alle Theile hierin besonders betrachtet? werden nicht alle gesetzlichen Anordnungen für die Theile im Auge behalten? wird nicht gesondert, was die Gesetze für einzelne und universale, für gegenwärtige und künftige, für eigene und fremde Sachen, für nomina und pignora pignorum etc. etc. ausdrücklich verordnet haben? und wird sohin über ein allgemeines Pfandrecht auch nur allgemein raisonirt, so löst man keine gegebene Aufgabe in der Erfahrung mit Sicherheit, und stürzt sich in unnütze, fruchtlose, kostspielige Prozesse, wovon man, während man, wie der canis aesopicus, nach dem Wiederscheine im Wasser langt, das, was man schon besitzt, darüber noch verliert.

Nach dem gegebenen factum versiren wir hier in dem Falle, daß, als Herr Graf Karl August von Reisach verschiedene StaatsPas-

sivKapitalien erwarb, jene allgemeinen Hypotheken darauf erwachten, welche den Gläubigern desselben entweder durch Gesetz oder Verträge gegeben waren; und da Herr Graf jene Papiere wieder an verschiedene Personen veräusserte, was auch diese gethan haben, so fragt sich, welche Rechte jenen mit den beschriebenen Hypotheken ausgerüsteten Gläubigern zustehen?

Der Gegenstand dieser Pfandrechte sind nomina, und daher lösen die römischen Gesetze, welche über nomina gegeben sind, die Frage.

Folgende Gesetze sprechen hierüber:

l. 18. pr. de pign. act. D. (13. 7.)

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio. Ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur; ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicujus: id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

l. 20. D. de pign. (20. 1.)

Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat: etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cau-

tionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

l. 4. C. quae res. pig. (8. 17.)
Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jampridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur; quatenus tamen ipse debet.

l. 7. C. de her. vel act. vend. (4. 39.)
Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Nach diesen Gesetzen gewähren Nomina unwiderlegbar dem Pfandrechte einen Gegenstand.

Wird aber ein Nomen Gegenstand des Pfandrechtes, so erwirbt der Gläubiger ähnliche Rechte darauf, welche er erworben haben würde, wenn das Nomen ihm zedirt worden wäre.

Die Worte „nisi ei, cui debuit, solvit nondum certior a te de obligatione tua

factus" und der Umstand, daß dem Gläubiger dieselbe Klage zugestanden wird, welche dem Käufer des Nomen zukömmt, setzen dieses ausser Zweifel, und beinahe alle Gesetzerklärer stimmen darinn überein.

Ein zustehendes Pfandrecht mit einem Nomen kann in keinem Fall früher angegriffen werden, als wenn einmal gewiß ist, daß der Pfandgeber nicht zahlt. Die Worte „si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti" setzen dieses ausser Zweifel.

Daß ein solches Pfandrecht nicht länger dauere, als die Schuld des Pfandgebers bestehet, liegt theils in der Natur der Sache, theils in den ausdrücklichen Worten des Gesetzes.

In der Natur der Sache; denn sobald der Pfandgeber satisfazirt ist, fällt die Nebensache, das Accessorium hinweg, und es ist in dem Falle so, als wenn der Pfandgeber nie eine Foderung an seinen Schuldner gehabt hätte; ja es stünde dem Schuldner, wenn er dem Pfandgeber ein Faustpfand gegeben, und es nicht zurückerhalten hätte, eine Realklage gegen jeden dritten Besitzer der Sache zu, weil das dingliche Recht des Pfandgebers durch die solutio ex tunc aufhört.

In den ausdrücklichen Worten des Ge-

setzes: nisi ei, cui debuit, solvit. Die Klage, welche die Gesetze dem Gläubiger eines solchen Pfandgebers zugestehen, ist nicht die actio hypothecaria, denn sie steht nach den Worten des l. 7. C. auch dem Käufer der Forderung zu.

Wendet man nun diese Gesetze auf das gegebene factum an, so ist

Erstens klar, daß die Massa auf jene 61,232 fl. 14 kr., welche nach den Recherchen der k. SchuldenLiquidationsKommißion zu Augsburg in die k. ZentralStaatsKasse zurückgeflossen sind, nicht das mindeste Klagerecht hat.

Die hier einschlägigen StaatsPaßivKapitalien wurden bei dem Erkaufe von StaatsRealitäten als baar Geld an den Staat gegeben, welcher sie auch acceptirte, und daher seine Paßivschuld tilgte.

In diesem Augenblick sind alle Rechte, welche Dritte auf diese PaßivStaatsKapitalien gehabt haben mochten, erloschen; denn nach den Worten des Gesetzes „nisi ei, cui debuit, solvit" dauerten diese Rechte nur bis zum Augenblick der eingetretenen Zahlung.

Zweitens steht der Massa weder auf jene 46,000 fl. PaßivStaatsKapitalien, welche nach der Angabe der k. SpezialStaatsSchuldenLiquidationsKommißion des Rezat-

Kreises auf die Cessionars bereits umgeschrieben sind, noch auf jene 48,508 fl. 31 kr., welche nach der Angabe der k. SpezialSchuldentilgungsKasse von Augsburg ebenfalls auf die Cessionars bereits umgeschrieben sind, irgend ein Recht zu.

Denn durch die geschehenen Umschreibungen, nachdem vorerst die Cessionen des Cedenten von den Cessionars vorgelegt werden mußten, gieng eine wahre novatio cum delegatione novi creditoris vor sich, (Dabelow Handbuch des h. d. r. R. Halle 1803 §. 1411. pag. 762. und die dort angeführten Gesetzstellen) wodurch die Foderung des vorigen Gläubigers, hier des Grafen v. Reisach, vollkommen erloschen ist, also die Nebensache, das prätendirte Pfandrecht seiner Gläubiger ebenfalls zusam̃enfiel. L. 3. C. de nov. (8. 52.) in fin.

Drittens. Aber auch auf jene 28,920 fl. 59 kr., welche nach den Recherchen der königl. SchuldentilgungsKasse zu Augsburg noch nicht umgeschrieben; so wie auf jene 61,178 fl. Lindauer StaatsPaßivKapitalien, welche ebenfalls noch nicht umgeschrieben zu seyn scheinen, hat die Maßa kein wirksames Klagerecht.

So wie es dem Herrn Grafen v. Reisach, der bestehenden generelen Pfandrechte ungeachtet, nach den angeführten Gesetzen frei gestanden wäre, die Zahlungen von dem Staate

als Schuldner anzunehmen, wenn der Staat Zahlungen geleistet hätte, so war es ihm nach denselben Gesetzen erlaubt, die Foderungen selbst zu veräussern, oder was in der That dasselbe ist, die Zahlungen von Dritten anzunehmen, wodurch die Foderungen an den Staat auf diese Dritte übergegangen sind. L. 23. et 53. D. de solut. et lib. (56. 3.) bewähren diesen Satz.

Zwar wird durch die blosse Zession der Schuldner von dem alten Gläubiger noch nicht frey; dieser hat vielmehr noch, so lange der neue Gläubiger nicht klagbar geworden, oder bezahlt ist, das Recht, den Schuldner zu belangen, nach l. 3. C. mand. (4. 35.) et l. 3. de nov. (8.43.)

Allein, wenn auch die Massa in diese Rechte ihres Schuldners eingetreten ist, und sie verfolgen würde, so müßte sie doch nach l. 53. D. de procur. (3. 3.) et l. 23. §. 1. de her. vel act. vend. (18. 4.) D. zurückstehen, so wie der Cessionar auftritt.

Vergeblich würde sonach die Massa hierauf einklagen, und es wäre nicht nur eine recht frivole Klage, eine Klage, bloß um die sonderbare Freude zu genießen, von den Gerichtsstellen zurückgewiesen zu werden, sondern auch im strengsten Sinne unverantwortlich, weil augenscheinlich von der geringen Massa

immer eine beträchtliche Summe auf einen anfangs schon verlornen Prozeß mit Fleiß verschleudert werden würde.

Aber die generelen Hypotheken, welche der Cessionen, und der vom Grafen von Reisach durch diese empfangenen Summen ungeachtet, cum onere suo übergiengen, sollen denn diese die Klage nicht wirksam machen? — —

Wenn Nomina verpfändet werden, so ist von Uebergehen eines bestehenden Hypothekar-Nexus des Pfandgebers gar nicht die Rede; nach den angeführten Gesetzen erwirbt ja der Gläubiger auf die Nomina keine persecutio in rem, sondern, wie jeder Käufer einer Foderung, nur eine actio utilis; er kann sich nur an das nomen des Pfandgebers in so lange halten, und in so lange auf die Bezahlung dringen, in wie lange durch eine solutio, gleichviel, ob durch den Schuldner oder durch einen Dritten, der Pfandgeber nicht befriediget ist. Ist dieser befriediget, so fällt die actio utilis des Pfandnehmers hinweg.

Ich glaube hiedurch, evident wenigstens nach meiner Ueberzeugung nachgewiesen zu haben, daß alle Pfandrechte der Graf Reisachischen Kreditoren auf die befraglichen StaatsPaßivKapitalien erloschen sind, und daß sohin die Frage: „Ob eine actio hypothecaria angestellt werden kann?“ eine quaestio domitiana sey.

Nur um über das römische Recht nicht das statutarische zu vergessen, muß ich noch bemerken, daß nach einem LokalStatut der Stiftstadt Kempten vom 6. April 1768 unter Aufhebung aller Hypotheken ein Intabulationsamt für liegende Gründe, und für bewegliche Sachen ein sogenanntes Todtenbuch eingeführt wurde. Herr Graf v. Reisach war in der Stiftstadt Kempten theils mit liegenden Gründen angesessen, theils domizilirt. Auf alle jene StaatsPapiere, welche er während der Dauer seines Domizils in der Stiftstadt Kempten erwarb, und wieder veräusserte, konnten wegen den bestehenden Intabulationen die nicht intabulirten Hypotheken keine Wurzel fassen.

Vorzüglich alle Lindauischen StaatsPaßivKapitalien hat Hr. Graf v. Reisach während seines Domizils in der Stiftstadt Kempten erworben und wieder veräussert.

Zwar war Herr Graf siegelmäßig, allein selbst nach dem neuesten Rescripte bleibt in Orten, wo besondere Statuten z. B. über das Hypothekwesen eingeführt sind, die Siegelmäßigkeit suspendirt.

Neuburg den 26. Aug. 1816.

Brunner,
k. Advokat und Kurator
der Graf Reisachischen
Gantmassa.

Nachtrag.

Auszug
aus der Sammlung aller noch jeßt brauchbaren, die Kemptische GerichtsVerfassung und das Privatrecht betreffenden Verordnungen, sammt Einleitung.

Für das nunmehr sekularisirte Stift Kempten wurde schon im Jahre 1738 eine Landtafel errichtet.

In diese wurden Realitäten, und die hierauf konstituirten Hypotheken eingetragen, für Bürger und Unterthanen aber, welche keine Realitäten besassen, wurde das sogenannte Todtenbuch eingeführt.

Wer sich ein Hypothekrecht sichern wollte, mußte seine Foderung in das eine oder das

andere dieser Bücher eintragen lassen. Nur waren in Rücksicht ihrer Personen davon ausgenommen:

a. Die Herrschaft, und die altkemptische Landschaft;
b. Die Kavaliers;
c. Die fürstlichen Räthe, und
d. Die Geistlichen. *)

Die Gantordnung (v. J. 1768) enthält nur 3 Klassen, und räumt die 1. Klasse ein „den Gerichts- und Gantkösten, ferner „den den Rechten nach ein vorzügli- „ches Recht genießenden Inquisitions- und „KriminalUnkösten, dann herr- und „landschaftlichen Gefällen, wie „auch den nach dem LandtafelPatent be- „nannten und das VorzugsPrivilegium „noch genießenden Schuldposten, worun- „ter auch die Saamenfrucht des letzten „Jahres zu rechnen kommt.“

Verordnung vom 6. April 1768
S. 51. — 55.

Da nach den Worten der Verordnung das Kemptische Recht hier die 1ste und 2te Klasse des gemeinen Rechtes in Eine zusammenfaßt, und in selbe alle gesetzlichen privilegirten Hypotheken einreiht,

*) Einl. z. Samml. S. XL.

so ist es klar, daß die Landtafel diese Unterpfandsrechte keineswegs aufgehoben wissen wollte; dasselbe enthält auch mit keiner Sylbe eine ausdrückliche Abwürdigung oder Aufhebung solcher gesetzlicher privilegirter Hypotheken; vielmehr beweiset die Aufzählung aller Arten von Foderungen in dem Landtafel-Patente, daß dort nur konventionelle Hypotheken eingetragen werden mußten, wenn sie sich eines Vorzugsrechtes in der 2. Klasse (nach den gesetzlich privilegirten Foderungen) erfreuen wollten.

Die Folgen hieraus sind offenbar folgende:

I. Auf den Grafen von Reisach ist als Kavalier und höhern Staatsdiener weder die Landtafel, noch das Todtenbuch anwendbar. Wäre es aber auch, was in Bezug auf Anwanden noch angenommen werden könnte, so würde daraus

II. Höchstens gefolgert werden können, daß er in Kempten keine giltige Hypothek ohne Intabulirung konstituiren konnte; früher schon rechtlich konstituirte General-Hypotheken konnten sein, noch dazu ohne sein Zuthun, durch die Regierung in Kempten bestimmtes Domizil eben so wenig aufheben und vernichten, als

III. Die gesetzliche privilegirte Hypothek

des Fiskus, welche nachgewiesener Massen das LandtafelPatent ohnehin nichts weniger als aufgehoben hat.

Nach diesen Prämissen ist es also gewiß, daß die in Kempten bestandene und noch bestehende Landtafel weder den ausdrücklich ältern Hypotheken, noch dem gesetzlich privilegirten Unterpfande des Fiskus l. 1. et 2. Cod. in quibus causis pign. et hypoth. tacite contrah. et l. 28. dig. de jure fisci den mindesten Nachtheil bringen kann.

Neuburg den 18. Okt. 1816.

Welsch.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gründe und Gegengründe über die Frage: 'Ob Gantgläubiger die von dem Gantiren früher besessenen und vor dem Ausbruche des Conkurses bereits verä ußerten Staats-Passiv-Obligationen von den dermaligen Besitzern derselben mit der actione hypothecaria oder Pauliana zur Gantmasse reklamiren können?

Neuburg 1816

Bibl.Mont. 4446
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10725018-6